

## Giusto processo e giudizio amministrativo

1. Il giusto processo come garanzia strutturale e procedimentale. - 2. Il giusto processo “regolato dalla legge”. - 3. I canoni del giusto processo come garanzie di tipo oggettivo. - 4. La garanzia della terzietà e dell'imparzialità del giudice. - 5. La garanzia della parità tra le parti. - 6. La garanzia del contraddittorio. - 7. La garanzia della ragionevole durata del processo.

1. Giusto processo è concetto complesso e dai significati polivalenti. Nella letteratura anglosassone, dove la nozione è nata, il *due process of law* presenta un'accezione procedurale e un'accezione sostanziale (*adjective or procedural due process of law* e *substantive due process of law*).

L'accezione procedurale, altrimenti definibile formale o strutturale, riguarda le regole di disciplina e di funzionamento del giudizio, mentre l'accezione sostanziale o funzionale è incentrata sull'effettività della tutela giurisdizionale, per cui il processo è giusto se offre una garanzia di adeguate forme di tutela della posizione giuridica soggettiva fatta valere <sup>(1)</sup>.

Pertanto nella formula “giusto processo” confluiscono contemporaneamente garanzie di legalità procedurale e garanzie di giustizia sostanziale, e cioè garanzie riferibili sia propriamente al processo, sia ai rimedi che per suo tramite sono accordabili dal giudice a chiunque gli domandi tutela.

Prendendo quale punto di riferimento il *due process of law* della tradizione nordamericana molti studiosi italiani hanno valorizzato una simmetria tra giusto processo e diritto di azione e di difesa, esaltando del primo l'accezione sostanziale <sup>(2)</sup>.

Tuttavia l'art. 111 Cost., come risultante dalle modifiche e integrazioni operate dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, ha codificato la sola accezione procedurale del giusto processo. Ai sensi dei suoi due primi commi “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. <sup>(3)</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. L. Tribe, *American Constitutional Law*, II ed., Mineola, NY, 1988, 629 ss.; E.J. Couture, La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”, in *Riv.dir.proc.*, 1954, 81 ss.; L.P. Comoglio, Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica, in *Il giusto processo*, Roma, 2003, 213 ss., 229; F.G. Scoca, I principi del giusto processo, in *Giustizia amministrativa*, a cura del medesimo Autore, IV ed., Torino, 2011, 166 ss.

Vale la pena di ricordare che le tradizioni di *common law* tendono a trasfondere in una sintesi superiore il binomio *substance-procedure* in un senso ancora più lato di quello indicato nel testo; con la conseguenza che il *substantive due process of law* è servito ad assicurare anche un equo trattamento per tutti gli individui, proibendo discriminazioni ingiustificate e normative irragionevoli. “Siamo qui in pieno diritto sostanziale, mentre il nostro giusto processo sembrerebbe ... avere un sapore più nettamente, anzi nettamente processuale” (G. Vassalli, Introduzione al tema, in *Il giusto processo*, cit., 17 ss., 20).

<sup>2</sup> M. Cappelletti, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 121 ss.; V. Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile*. “Due process of law” e art. 24 Cost., Milano, 1970, *passim*; V. Denti, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv.dir.proc.*, 1984, 443 ss.

<sup>3</sup> Risolve invece il principio del giusto processo in quello dell'effettività della tutela giurisdizionale S. Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004; Id., voce *Giusto processo (dir.proc.amm.)*, in *Enc.dir.*, *Annali*, vol. II, 377 ss.

Parimenti ha fatto il codice del processo amministrativo che annovera fra le sue disposizioni generali alcuni principi-cardine e dedica espressamente una disposizione al giusto processo, unico tra tutti i codici di procedura <sup>(4)</sup>.

Recita infatti l'art. 2 del c.p.a. che "il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione. Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo" <sup>(5)</sup>.

I principi del giusto processo vengono distinti nel codice dal principio dell'effettività della tutela contemplato invece all'art. 1, il quale dispone che "la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

Quindi nell'impostazione codicistica l'effettività della tutela giurisdizionale e giusto processo non sono sinonimi. La Relazione introduttiva generale al codice precisa che l'effettività è la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale e ciò per quanto più possibile, mentre il giusto processo è traducibile, oltre che nel principio della ragionevole durata del processo, nella regola della parità delle parti che deve essere effettiva e garantita in ogni stato e grado della controversia.

Del resto, è agevole trovare un fondamento costituzionale al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, più che nell'art. 111 Cost., nell'art. 24, commi 1-3, e (con specifico riferimento al processo amministrativo) nell'art. 113, co. 2, Cost., interpretati nel senso che la tutela giurisdizionale costituzionalmente garantita non consiste semplicemente nella possibilità di rivolgere un'istanza al giudice.

Come è stato efficacemente detto, l'art. 24 Cost. costituisce "garanzia di effettività che alle singole situazioni sostanziali corrispondano forme di tutela omogenee e cioè tali da assicurare la soddisfazione agli interessi dei quali quelle situazioni sono espressione" e vi è una "correlazione indiscutibile tra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse, giuridicamente protetti, e le possibilità di una loro tutela piena nel processo, attraverso un'adeguata gamma di mezzi di attuazione o di realizzazione giurisdizionale" <sup>(6)</sup>.

Parimenti, anche l'ordinamento europeo e quello sovranazionale preferiscono scindere in due autonome disposizioni normative le garanzie insite nel principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e quelle che il riconoscimento del giusto processo porta con sé.

Così l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, proclamata dalle Nazioni Unite nel 1948, stabilisce che ogni individuo ha "diritto a un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali", mentre è l'art. 10 della Dichiarazione stessa ad affermare che ogni individuo "ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti a un tribunale indipendente e imparziale. Parimenti l'art. 13 della Convenzione europea .... prevede che ogni persona "ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale" ed è invece l'art. 6 della

---

<sup>4</sup> Non si dimentichi comunque l'art. 360 *bis*, lett. 2, c.p.c., introdotto dalla legge n. 69 del 2009, a norma del quale il ricorso per Cassazione è inammissibile quando "è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo".

<sup>5</sup> In realtà, come osserva F. Merusi, Sul giusto processo amministrativo, in E. Catelani, A. Fioritto, A. Massera (a cura di), La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?, Napoli, 2011, la norma è "pasticciata", perché l'art. 2 prima del giusto processo menziona altri due principi, la parità delle armi e il contraddittorio, che sono corollari del generale principio del giusto processo.

<sup>6</sup> Rispettivamente A. Di Majo, La tutela civile dei diritti, Milano, 1982, 3, e L.P. Comoglio, I modelli di garanzia costituzionale del processo

Convenzione a disporre che ogni persona “ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge”. Infine l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea dispone al primo comma che ogni individuo “ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice”, mentre stabilisce al secondo comma che ogni individuo “ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge” (7).

Questa biforcazione sovranazionale è particolarmente importante a fini ricostruttivi interni. Infatti la locuzione “giusto processo” ha fatto il suo ingresso nel dibattito giuridico italiano nel momento in cui, a partire dalla prima metà degli anni Sessanta del secolo scorso, la cultura processualistica ha volto la propria attenzione alla Cedu e in particolare al suo art. 6 (8).

Si può dunque concludere che nel nostro ordinamento e in particolare nel processo amministrativo il principio costituzionale del giusto processo si articola non in garanzie funzionali, bensì in garanzie strutturali e procedurali: la garanzia del contraddittorio, la garanzia della parità tra le parti, la garanzia della terzietà e imparzialità del giudice e la garanzia della ragionevole durata del processo (9).

Vero è che sussiste un indubbio raccordo tra garanzie procedurali e garanzie sostanziali, tra giustizia formale e giustizia sostanziale. Il processo deve essere regolato e gestito in modo tale da favorire il perseguimento di una decisione giusta: le garanzie di legalità procedurale sono strumenti per ottenere una giustizia sostanziale, il rito ha una funzione strumentale, è condizione di garanzia per il corretto esercizio dialettico della funzione decisoria. Così contraddittorio e parità delle armi sono garanzie pensate anche allo scopo di “far scaturire, grazie alla dialettica processuale, la soluzione giusta delle questioni di fatto e di diritto dedotte nella controversia”, tant’è che si è parlato di “forza epistemica” del contraddittorio. Analogamente le garanzie di terzietà e d’imparzialità sono presidi intesi a evitare decisioni non giuste (10).

---

<sup>7</sup> “La corrispondenza fra i dettati delle fonti europee e quelli del nuovo testo dell’art. 111, o meglio la sostanziale identità tra le nozioni messe a confronto” è sottolineata da G. Tarzia, Il giusto processo di esecuzione, in Il giusto processo, cit., 185 ss., 194. Del resto, le garanzie convenzionali sovranazionali si legano strettamente alle tradizioni di *common law* risalenti al Cap. 39 della Magna Carta del 1215 (L.P. Comoglio, Il “giusto processo” civile, cit., 225). Cfr. altresì S. Cassese, A Global Due Process of Law?, in G. Anthony et al. (eds.), Values in Global Administrative Law, Oxford, 2011, 17 ss.

<sup>8</sup> V. Andrioli, La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il processo giusto, in Temi rom., 1964, 455 ss.; a partire poi dagli anni Ottanta nella giurisprudenza della Corte costituzionale, specie laddove è relatore Andrioli, entra stabilmente la nozione di giusto processo di cui all’art. 6 Cedu, prima con riferimento al processo civile e successivamente in relazione al processo penale; cfr., per particolare chiarezza, Corte cost., 13 febbraio 1985, n. 41.

Va posto in evidenza che vi è comunque una “radicale differenza” tra il modello tracciato dall’art. 111 Cost. e quello desumibile dall’art. 6 Cedu: mentre quest’ultimo configura il giusto processo in chiave soggettiva, riconoscendo un diritto al processo e dei diritti nel processo, l’art. 111 Cost., invece, concepisce il giusto processo come canone oggettivo di esercizio della giurisdizione; sul punto R. Bin, Commento all’art. 111 Cost., in Commentario ....., 959 ss., 962.

<sup>9</sup> Va da sé che, oltre a queste garanzie, siano anche da considerare quelle già presenti nell’originaria versione dell’art. 111 (attualmente contemplate nei commi sesto e seguenti), e cioè l’obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali e la possibilità di impugnare le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale con il ricorso in Cassazione per violazione di legge, ammettendosi il ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per i soli motivi inerenti alla giurisdizione. Cfr. in tema E. Picozza, Il “giusto” processo amministrativo, in Cons.St., 2000, II, spec. 1071 ss.; è indubbio comunque che l’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali sia essenzialmente presidio del diritto costituzionale di difesa (da ultimo Tar Puglia, Bari, sez. III, 10 novembre 2010, n. 3873).

<sup>10</sup> In questo senso, rispettivamente, S. Chiarloni, voce Giusto processo (dir.proc.civ.), in Enc.dir., Annali, vol. III, 403 ss., 406-407, e P. Ferrua, Il giusto processo, II ed., Bologna, 2007, 91 ss.

Ma è altrettanto vero che la giustizia sostanziale riguarda anche e soprattutto l'effettività dei mezzi processuali e delle forme di tutela ottenibili dal giudice a garanzia della situazione giuridica soggettiva fatta valere, profilo non evocato dalla nozione di giusto processo recepita nel nostro ordinamento.

La distinzione tra garanzie formali-procedurali e garanzie sostanziali-funzionali non ha un rilievo puramente teorico ma comporta che i principi compendiativi nella nozione di giusto processo e il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, specie quando interpretato in senso molto lato dalla giurisprudenza, possano entrare in conflitto tra loro, come sarà possibile constatare al paragrafo successivo.

2. L'art. 111 Cost. contribuisce a definire, insieme ad altre disposizioni (artt. 24, 25, 101, 102, 104, 108 Cost.) un modello costituzionale processuale unico, espressione di un sistema unitario di tutela giurisdizionale, senza distinzione tra i diversi processi <sup>(11)</sup>.

Tuttavia l'attuazione dei principi del giusto processo (i primi due commi riformulati dell'art. 111 Cost.) ha da sempre portato con sé una serie di problemi, alcuni comuni a tutti i tipi di processo, altri invece specifici di talune tipologie processuali <sup>(12)</sup>.

In ogni caso anche le questioni relative al giusto processo che riguardano trasversalmente tutti i giudizi, dal civile al penale, dall'amministrativo al tributario, si pongono in maniera particolare in relazione allo specifico processo che di volta in volta viene in rilievo.

Non esiste uno schema costituzionale necessitato di attuazione dei principi del giusto processo. Ne consegue che tali principi devono modellarsi sui caratteri propri di ciascun processo, per cui è possibile una pluralità tipologica di "processi giusti" <sup>(13)</sup>.

Del resto, è lo stesso legislatore della riforma del 1999 a sottolineare il diverso atteggiarsi delle garanzie costituzionali nelle diverse tipologie processuali, perché solo nel processo penale vale il principio del contraddittorio nella formazione della prova (art. 111, comma quarto, Cost.) <sup>(14)</sup>.

Parimenti la Corte costituzionale ha ripetutamente affermato che il principio del giusto processo ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo, ma ha nondimeno escluso che al processo civile o amministrativo o tributario possano applicarsi meccanicamente principi elaborati con riferimento al processo penale <sup>(15)</sup>.

---

<sup>11</sup> M. Cecchetti, voce Giusto processo, cit., 614-616; P. Russo, Il processo tributario, Milano, 2005, 19.

<sup>12</sup> Come è noto la riforma dell'art. 111 Cost. trae origine dal contrasto tra potere legislativo e Corte costituzionale in ordine all'assetto del contraddittorio nel processo penale sviluppatosi durante gli anni Novanta; con alcune pronunce (nn. 24, 254, 255 del 1992; 2 novembre 1998, n. 361) la Corte, in nome della ricerca della verità oggettiva e del principio di non dispersione delle fonti di prova acquisibili, aveva disconosciuto la legittimità della scelta compiuta dal c.p.p. del 1988 a favore di una nozione di contraddittorio "forte", dando vita a un parziale *revirement* inquisitorio. Di qui la reazione del Parlamento, che ha avvertito l'esigenza della costituzionalizzazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova nel processo penale, più volte respinto dalla Corte (commi 3-5 dell'art. 111).

<sup>13</sup> Del resto, l'art. 130, co. 1, del progetto di revisione della Parte II della Costituzione, discusso e approvato dalla Commissione Bicamerale istituita nel 1997, prevedeva che "la giurisdizione si attua mediante *giusti processi* regolati dalla legge" (corsivo aggiunto).

<sup>14</sup> S. Chiarloni, Il nuovo articolo 111, cit., 34.

<sup>15</sup> Corte cost., nn. 387/1999, 72/2002, 497/2002, con riferimento al principio di imparzialità del giudice.

Naturalmente la questione preliminare riguarda il carattere innovativo o meramente ricognitivo dell'affermazione costituzionale dei principi del giusto processo rispetto al preesistente quadro costituzionale.

Il dibattito ha interessato sia gli studiosi del processo civile sia gli studiosi del processo amministrativo sia quelli del processo tributario; discorso a parte va fatto per il processo penale, in cui assumono rilevanza anche altri tre specifici commi dell'art. 111 Cost., il cui contenuto innovativo è indubbio <sup>(16)</sup>.

Molti hanno sostenuto che le garanzie enunciate dal secondo comma dell'art. 111 Cost., quali requisiti necessari e sufficienti della nozione di giusto processo delineata nel primo comma, non rappresentino una vera novità nel nostro ordinamento giuridico. Tali garanzie sarebbero state già presenti nel nostro sistema costituzionale anche prima della riforma del 1999, benché la loro esistenza fosse ricavabile non da una disposizione specifica, bensì in forma indiretta da un coordinamento logico di più norme costituzionali <sup>(17)</sup>.

Riconoscere carattere ricognitivo all'art. 111 Cost. è sicuramente corretto, ma solo in relazione ad alcuni dei suoi tanti contenuti, e oltretutto compiendo con alcune precisazioni.

“La nuova formulazione dell'art. 111, secondo comma, della Costituzione, - dice la Corte costituzionale - imponendo che il processo si svolga *davanti a un giudice terzo e imparziale*, non innova sostanzialmente rispetto ai principi già desumibili dagli a suo tempo invocati artt. 24 e 3 della Costituzione, quali interpretati dalla giurisprudenza di questa Corte” <sup>(18)</sup>. Già prima della riforma del 1999 dunque il principio di imparzialità-terzietà era stato ritenuto come “connaturale alla funzione giurisdizionale” <sup>(19)</sup>, oltre che fondato sulla soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, co. 2, Cost.) e sull'indipendenza e sull'autonomia della magistratura (art. 104, co. 1, Cost.).

In senso analogo, secondo la giurisprudenza amministrativa “i principi dell'imparzialità e della terzietà (reali oltre che apparenti) dei magistrati, espressamente enunciati per la prima volta nella nuova formulazione del comma 2 dell'art. 111 cost., sono sempre stati comunque sottesi alla disciplina dell'ordinamento giudiziario, rappresentando un insopprimibile presupposto, ancorché implicito, degli stessi principi di autonomia ed indipendenza dei magistrati (art. 104 cost.) e della loro esclusiva soggezione alla legge (art. 101 cost.), in relazione alle altrettanto fondamentali garanzie del diritto di azione e di difesa (art. 24 e 113 cost.), così che la nuova formulazione del predetto comma 2 dell'art. 111 è meramente riaffermativa dei suddetti principi di imparzialità e di terzietà dei magistrati, già immanenti nell'ordinamento” <sup>(20)</sup>.

---

<sup>16</sup> “Il giudizio sulla parte processualpenalistica della ipotesi (che ha indotto il legislatore all'intervento) potrà essere almeno in parte positivo, grazie al contenuto fortemente garantistico per l'imputato, soprattutto per quanto riguarda la formula breve e potente del contraddittorio nella formazione della prova”. (S. Chiarloni, Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile, in M.G. Civinini e C.M. Verardi, (a cura di), Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile, Milano, 2001, 13 ss., 13-14).

<sup>17</sup> S. Chiarloni, Il nuovo articolo 111, cit., 14; C. Consolo, Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Bologna, 2000, 36; A. Travi, Giusto processo e procedimenti amministrativi speciali, in Il giusto processo, cit., 67 ss., 67.

<sup>18</sup> Corte cost., ord. n. 112/2001.

<sup>19</sup> In questo senso Corte cost., nn. 92/1962; 17/65; 93/1965; 41/1985; 148/1996; 351/1997; 363/1998; sul punto cfr. R. Bin, Commento all'art. 111 Cost. ...., 969.

<sup>20</sup> Cons.St., sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 393.

Analogamente anche se la garanzia della ragionevole durata del processo non era precedentemente contemplata a livello costituzionale, tuttavia essa era ricavabile da un principio fondamentale e immanente del processo e cioè quello dell'economia processuale, o, in altri termini, dell'efficienza nella disciplina del processo <sup>(21)</sup>.

Parimenti il principio del contraddittorio, solennemente riconosciuto come principio essenziale del giusto processo dall'art. 111, era già compreso nell'art. 24, co. 2, in quanto il diritto di difesa necessariamente presuppone che il processo si strutturi secondo il principio del contraddittorio <sup>(22)</sup>. E' degli anni Sessanta la pronuncia della Corte costituzionale in cui si dichiara l'illegittimità costituzionale di una normativa per contrasto con l'art. 24, co. 2, "poiché il diritto alla difesa è compromesso allorché il contraddittorio non sia assicurato e sussistono ostacoli processuali a far valere le ragioni delle parti" <sup>(23)</sup>.

Tuttavia è interessante notare che mentre il diritto inviolabile di difesa è collocato dal secondo comma dell'art. 24 Cost. in un'ottica individuale ed è riferibile, come "garanzia soggettiva" a ciascuna delle parti del giudizio separatamente considerate ed è suscettibile di esercizio differito, successivo ed eventuale, la nuova garanzia del contraddittorio è inserita tra le "garanzie oggettive e strutturali" concernenti la giurisdizione (art. 111, co. 2) e si colloca dunque in una dimensione che trascende quella soggettiva, qualificata come dimensione di "contemporaneità bilaterale bilanciata" <sup>(24)</sup>.

Proseguendo in questa logica e adottando una prospettiva più ampia va valorizzata l'opinione di chi ritiene che l'art. 111 si caratterizzi "per il suo effetto innovativo dell'ordinamento giuridico" <sup>(25)</sup>, che l'inserimento della nozione di giusto processo all'interno di una disposizione costituzionale "può stimolare ... ulteriori perfezionamenti e ulteriori garanzie" <sup>(26)</sup>, che la riforma costituzionale mette in evidenza l'unitarietà dell'insieme delle garanzie processuali e il loro "significato relazionale" <sup>(27)</sup>, che le garanzie in precedenza altrimenti ricavabili dalla Costituzione siano state dall'art. 111 Cost. "oggettivizzate nell'ordinamento fino a creare un sistema normativo costituzionale sganciato e autonomo rispetto agli artt. 3 e 24 Cost. e, comunque, integrativo di tali articoli" <sup>(28)</sup>.

Ma non vi è solo questo profilo. Il nuovo testo dell'art. 111 Cost. presenta una novità rispetto al passato: parlando di "giusto processo *regolato dalla legge*" contiene l'affermazione solenne del principio di legalità processuale, principio altrimenti ricavabile in maniera non immediata dall'art.

---

<sup>21</sup> A. Proto Pisani, Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena, in *Il giusto processo*, cit., 167 ss., 168; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., ....

<sup>22</sup> F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011, 40.

<sup>23</sup> Corte cost., n. 70 del 1961, in *Giur.cost.*, 1961, 1284 ss., con nota di M. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e "due process of law clause"*.

<sup>24</sup> L.P. Comoglio, *Etica e tecnica*, cit., 64-65.

<sup>25</sup> G. Corso, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo amministrativo. Profili generali*, in *Il giusto processo*, cit., 51 ss., 51.

<sup>26</sup> F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, cit., 165 ss.

<sup>27</sup> N. Trocker, 49 ss.

<sup>28</sup> F. Gallo, voce *Giusto processo*, III) diritto tributario, in *Enc.giur.*, Roma, vol. XV, 2003, 1 ss., 4.

101, co. 2, Cost. (“i giudici sono soggetti soltanto alla legge”) o dall’art. 108, Cost. (“Le norme sull’ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge”) <sup>(29)</sup>.

Anzi, mentre la preesistente riserva di legge di cui agli artt. 101 e 108 Cost. è essenzialmente una riserva di legge “per l’ordinamento giudiziario”, diverso è l’oggetto della riserva di legge contemplata all’art. 111 Cost., che è si erge a riserva di legge “per la disciplina del processo” <sup>(30)</sup>.

Vero è che per consuetudine costituzionale da sempre è presente una riserva di legge in materia processuale <sup>(31)</sup>, ma la sua solenne affermazione esplicita consente di fissare alcuni punti fermi non più derogabili.

Anzitutto, stante la sua particolare origine, la formula “processo regolato dalla legge” coinvolge i rapporti tra legislatore ordinario e Corte costituzionale e si ritiene che essa debba essere interpretata come una “riserva di legge nei confronti della Corte costituzionale”. La riserva di legge dovrebbe così impedire interventi nomopoietici della Corte costituzionale, o, con parole diverse, invasioni di campo della Corte costituzionale sulle scelte di opportunità da lasciare al legislatore. In particolare, quando l’attuazione di un principio costituzionale consente una pluralità di scelte alternative, la decisione è rimessa alla sola discrezionalità del legislatore ordinario <sup>(32)</sup>.

Come si è sopra sottolineato <sup>(33)</sup>, questa esigenza di porre limiti all’attività della Consulta ha riguardato e riguarda in particolar modo il processo penale, il cui assetto è stato oggetto di aspro scontro tra potere legislativo e Corte costituzionale al punto da provocare la riforma costituzionale dell’art. 111 della Costituzione. Nell’ottica della genesi della riforma e dei motivi che l’hanno prodotta la formula secondo cui il giusto processo è “regolato dalla legge” deve essere anzitutto interpretata come decisa affermazione della “volontà del legislatore di riprendere la sua funzione istituzionale”, come reazione “all’opera non di controllo ma di demolizione della Corte costituzionale”, con particolare ma non esclusivo riguardo al processo penale <sup>(34)</sup>.

In secondo luogo, la riserva di legge introdotta dall’art. 111 Cost. coinvolge il rapporto tra Parlamento e Governo, o, meglio, tra fonti normative primarie (comprehensive, oltre che della legge, anche dei decreti legge e dei decreti legislativi) e fonti regolamentari. La dottrina ritiene unanimemente che l’art. 111 preveda una riserva assoluta, con la conseguenza che fonti diverse dalla legge statale (art. 117, co. 2, lett. 1, Cost.) non sono legittimate a dettare la disciplina processuale <sup>(35)</sup>.

In passato si era posto il problema della natura del regolamento di procedura davanti alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (r.d. 17 agosto 1907, n. 642), che disciplinava in maniera innovativa alcuni istituti centrali del processo amministrativo. Se dottrina e una parte della giurisprudenza qualificavano il regolamento come atto normativo delegato con contenuto ed

---

<sup>29</sup> A. Proto Pisani, Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile, in *Foro it.*, 2000, V, 241 ss., 241; M. Mengozzi, *Giusto processo*, cit., 131.

<sup>30</sup> G. Tarzia, *Il giusto processo*, cit., 194.

<sup>31</sup> S. Chiarloni, voce *Giusto processo*, cit., 411.

<sup>32</sup> P. Ferrua, Il “giusto processo”, *Bologna*, 2005, 44; S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 111*, cit., 26 ss.

<sup>33</sup> Cfr. *supra*, nt. ....

<sup>34</sup> N. Trocker, Il valore costituzionale del “giusto processo”, in M.G. Civinini e C.M. Verardi (a cura di), *Il nuovo articolo 111*, cit., 36 ss., 39-40.

<sup>35</sup> M. Cecchetti, voce *Giusto processo*, cit., 612; F.G. Scoca, *I principi*, cit., 165-166.

efficacia legislativi <sup>(36)</sup>, di contro la Corte costituzionale dapprima aveva ritenuto che si trattasse di atto avente natura ed efficacia meramente regolamentari (Corte cost., 28 novembre 1968, n. 118), per poi mutare avviso affermando espressamente la natura legislativa del regio decreto, con conseguente sottoposizione del medesimo allo scrutinio di legittimità costituzionale (con particolare chiarezza Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 441) <sup>(37)</sup>.

Il problema non era meramente classificatorio, come ben emerge dalla sentenza n. 118 del 1968, che negando natura legislativa al regolamento di procedura, aveva dichiarato inammissibile la questione sollevata con riferimento ad esso, relativa all'instaurazione del contraddittorio nel giudizio di ottemperanza. Il codice del processo amministrativo, nel provvedere a una risistemazione organica dell'intera disciplina affidata esclusivamente ad un atto di rango primario, ha abrogato il regolamento di procedura (art. 4, co. 1, n. 2, allegato 4 del c.p.a.) e ha così eliminato alla radice dubbi in ordine al rispetto della riserva di legge da parte della normativa processuale amministrativa e i conseguenti problemi di sindacato sulla medesima.

Ma la vera questione che la riserva di legge pone riguarda non tanto il rapporto tra fonti del diritto, quanto il rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario. Infatti, sia la dottrina costituzionalistica sia la giurisprudenza costituzionale da sempre ritengono che la riserva di legge debba essere considerata anche nei confronti dell'attività di applicazione degli organi giurisdizionali <sup>(38)</sup>.

Occorre dunque stabilire quando il processo possa dirsi effettivamente "regolato" dalla legge e non dal giudice. Da questa particolare angolatura, la riserva di legge di cui all'art. 111 Cost., da un lato, impone di affrontare la tematica del tasso di analiticità che deve possedere la disciplina legislativa processuale e di individuare il livello normativamente richiesto di predeterminazione dei poteri del giudice; dall'altro, essa tocca il tema della creatività giurisprudenziale e della sua ricerca di soluzioni di tutela giurisdizionale non espressamente previste a livello normativo.

In entrambi i casi si profila un eventuale possibile contrasto tra le esigenze di predeterminazione legale della disciplina processuale e le esigenze di flessibilità indispensabili alla realizzazione della migliore tutela giurisdizionale possibile. Ma se nella questione relativa al necessario grado di prefigurazione normativa dei poteri del giudice è affidato in definitiva alla Corte costituzionale il giudizio di conformità all'art. 111 Cost. delle concrete scelte di bilanciamento compiute dal legislatore, l'adozione di soluzioni giurisprudenziali al di fuori di ogni previsione normativa rimane sgarnita di un presidio di costituzionalità.

a) Quanto al primo aspetto della questione, occorre stabilire se l'espressione "regolato dalla legge" imponga al legislatore di disciplinare in maniera analitica ogni tipo di processo, predeterminandone strutture, ritmi e forme, senza spazio alcuno per una regolamentazione interna lasciata caso per caso ai poteri direttivi del giudice.

Il problema posto da una disciplina processuale in cui le forme siano rimesse al potere discrezionale del giudice non è nuovo ed è ben scolpito da Chiovenda: "un grave problema di legislazione

---

<sup>36</sup> I termini del dibattito sono riassunti da M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 264, cui si rinvia per i riferimenti dottrinale e giurisprudenziali.

<sup>37</sup> Sul dibattito in materia cfr. L. Bertonazzi, *Il difficoltoso inquadramento del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, recante il "regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale"* tra le fonti del diritto primarie o secondarie, in *Dir.proc.amm.*, 2004, 906 ss.; G. D'Angelo, *Le prove atipiche nel processo amministrativo*, Napoli, 2008, 164 ss.

<sup>38</sup> Balduzzi e Sorrentino, voce *Riserva di legge*, in *Enc.dir.*, vol. XL, Milano, 1215 ss.



processuale è se le forme debbano essere determinate dalla legge o se debba essere lasciato all'arbitrio del giudice di regolarle volta a volta secondo le esigenze del caso concreto. Nella più parte delle leggi prevale il primo sistema, come quello che presenta maggiori garanzie ai litiganti. Certamente l'estensione dei poteri del giudice, anche nel campo delle forme, è un mezzo potente di semplificazione processuale" (39).

Lo scontro perenne tra certezza del diritto a garanzia delle parti in causa e semplificazione processuale assume coloritura nuova a seguito della solenne affermazione costituzionale per cui il processo è regolato dalla legge.

Il dibattito ha interessato in particolar modo gli studiosi del processo civile che hanno rivolto la loro attenzione principalmente al modello camerale originariamente disciplinato dagli artt. 737-742 c.p.c., caratterizzato da amplissimi poteri del giudice e da una stringata predeterminazione legislativa dello svolgimento del processo, ma ha riguardato anche i cultori del processo amministrativo in relazione prima ai riti accelerati di cui all'art. 23 *bis* della legge Tar e ora ai riti abbreviati di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a., parimenti scarni nella loro disciplina attribuita al giudice di rilevanti poteri di conduzione del processo.

Da una parte, si erge la posizione di chi ha interpretato in maniera rigorosa la formula "regolato dalla legge" ritenendo illegittima costituzionalmente una disciplina processuale che non predetermini forme e termini del processo, censurando "gli indecorosi farfugliamenti a favore di una proliferazione di confusi riti sommari semi-cautelari o semi-decisori, con semi-stabilità di semi-giudicati" (40).

Dall'altra, si contrappone l'opinione di coloro che escludono che l'art. 111 Cost. richieda una rigida predeterminazione legislativa delle forme e delle scansioni delle attività processuali. Questi ultimi affermano che per soddisfare i crismi della previa regolazione per legge il processo non necessariamente deve trovare nella legge una regolamentazione analitica e completa, potendo la disciplina normativa essere scarna, "all'insegna della celerità, della deformalizzazione e della semplificazione del rito, affidando ai poteri discrezionali di direzione processuale ed ai poteri di iniziativa d'ufficio, di cui sia munito il giudice, la elastica determinazione delle forme, dei tempi e dei termini in cui gli atti del processo vanno compiuti, a seconda delle variabili caratteristiche delle situazioni processuali configurate" (41).

In realtà nel valutare ambito e portata del principio di legalità processuale occorre avere riguardo allo specifico tipo di potere giudiziale considerato, perché diversa è l'analiticità delle previsioni normative a seconda del potere che viene in rilievo (42).

Ma a questo punto la questione trascende la tematica della riserva di legge, venendo a lambire anche le questioni della terzietà del giudice e del rispetto del contraddittorio. Rinviano al paragrafo dedicato alla garanzia del contraddittorio la trattazione più approfondita della problematica, ci si limita in questa sede a sottolineare la diversa portata della riserva di legge nel caso in cui vengano in rilievo vuoi i poteri di direzione formale del processo, attinenti alla cd. polizia d'udienza, che

---

<sup>39</sup> G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923 (rist. 1965), 664.

<sup>40</sup> L. Lanfranchi, voce *Giusto processo*, I) processo civile, in *Enc.giur.*, 20, ma passim.

<sup>41</sup> L.P. Comoglio, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit., 59. In senso analogo N. Trocker, *Il valore costituzionale*, cit., 40 ss.; G. Ubertis, *La previsione del giusto processo*, in *Dir.pen.proc.*, 1998, 44.

<sup>42</sup> A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost.*, 243-244; L.P. Comoglio, *Discrezionalità ed imparzialità del giudice civile nell'ottica del "giusto processo"*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, I, Milano, 2005, 347 ss.; S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 111*, cit., 17 ss.; F.G. Scoca, *I principi*, cit., 169.

presuppongono il costante riferimento a considerazioni di economia, di semplicità e di speditezza, come i poteri di fissazione delle scadenze processuali, vuoi i poteri di direzione materiale, come tali in grado di influire sulla formazione del convincimento decisorio del giudice, come il potere di acquisire o di ammettere mezzi di prova e consulenze tecniche, il potere di rilievo d'ufficio del difetto di presupposti processuali o di questioni di fatto e di diritto relative al merito della controversia, il potere di valutazione del comportamento processuale delle parti <sup>(43)</sup>.

Se la prima tipologia di poteri, che riguarda l'organizzazione delle scadenze processuali, è esercitabile in maniera discrezionale da giudice, nel senso che è sufficiente che la legge si limiti a prevedere il potere lasciando alla discrezionalità del giudice l'individuazione del suo contenuto, la seconda tipologia di poteri, in quanto suscettibile di incidere sulla decisione, necessita di essere disciplinata puntualmente dal legislatore <sup>(44)</sup>.

Risponde dunque ai dettami del giusto processo una legge che lasci spazio di azione ai poteri di direzione formale e materiale del processo, che il giudice è tenuto a esercitare anche d'ufficio. Chiaro sul punto è l'art. 175 c.p.c. (applicabile anche al processo amministrativo in virtù dell'art. 39, co. 1, c.p.a.), secondo cui il giudice "esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento. Egli fissa le udienze successive e i termini entro i quali le parti debbono compiere gli atti processuali". Siamo qui di fronte a poteri non in grado di incidere sul contenuto della decisione, con l'importante precisazione per cui un cattivo uso di questi poteri discrezionali, ossia la fissazione di termini incongrui, dovrebbe essere suscettibile di controllo pieno in sede d'impugnazione, perché il merito delle scelte discrezionali del giudice è diverso dal merito amministrativo, "è interno al potere giurisdizionale e come tale pienamente controllabile in sede di impugnazione" <sup>(45)</sup>. Va dato atto che, nonostante l'interpretazione qui suggerita della riserva di legge in esame, il codice del processo amministrativo è ugualmente intervenuto disciplinando adempimenti processuali quale i termini per il deposito delle difese conclusionali davanti al Consiglio di Stato in precedenza stabiliti da disposizioni dei singoli uffici giudiziari, mostrando così di obbedire a una nozione rigorosa di giusto processo <sup>(46)</sup>.

Di contro, la legge deve necessariamente "regolare" i poteri suscettibili di influire sulla formazione del convincimento decisorio del giudice, in modo da attuare pienamente le condizioni di contraddittorio in condizioni di parità previste nel comma 2 dell'art. 111 della Costituzione. E' corretta dunque la qualificazione della riserva di legge contemplata in materia come riserva di legge di tipo rinforzato, nel senso che "non si limita a esigere che il legislatore ordinario non possa abbandonare ad altri il potere di intervenire a regolare il processo, ma invece pone consistenti (e nelle intenzioni, invalicabili) limiti di contenuto" <sup>(47)</sup>. La riserva di legge di cui all'art. 111, co. 1, Cost., obbliga dunque il legislatore a dettare anche e soprattutto con riferimento ai poteri del giudice di direzione sostanziale del processo una disciplina che soddisfi i dettami della terzietà e dell'imparzialità del giudice, del contraddittorio tra le parti in condizioni di parità e della ragionevole durata del processo.

---

<sup>43</sup> Su questa differenziazione, nata nei sistemi di lingua tedesca che separano la *formelle* dalla *materielle Prozessleitung*, cfr. G. Fabbrini, voce Potere del giudice (dir.proc.civ.), in Enc.dir., vol. XXXIV, Milano, 1985, 721 ss.

<sup>44</sup> Cfr. dottrina citata alla nota precedente.

<sup>45</sup> A. Proto Pisani, Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena, in Il giusto processo, cit., 167 ss., 181.

<sup>46</sup> In tema A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, X ed., Torino, 2012, 89.

<sup>47</sup> S. Fois, Il modello costituzionale del "giusto processo", in Rass.parl., 2000, 575. In senso analogo cfr. L.P. Comoglio, La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo", in Riv.dir.proc., 2001, 633 ss., 651-652.

Di recente, tuttavia, le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno fornito l'occasione per rianimare il dibattito in merito al processo di differenziazione delle norme processuali in norme a osservanza rigida, in quanto direttamente esplicative dei principi regolatori del giusto processo, e norme a osservanza flessibile. La pronuncia in questione riguarda esclusivamente il processo civile e l'interpretazione da dare all'art. 269, co. 2, c.p.c., stabilendosi, con un mutamento di giurisprudenza costante, che in tema di chiamata in causa di un terzo su istanza di parte, al di fuori delle ipotesi di litisconsorzio necessario, è discrezionale il provvedimento del giudice di fissazione di una nuova udienza per consentire la citazione del terzo, potendo il giudice motivare "la propria scelta sulla base di esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo" <sup>(48)</sup>.

Al di là del caso di specie, cui però è possibile aggiungerne altri <sup>(49)</sup>, la decisione delle sezioni unite consente di evidenziare una tendenza generale da parte della giurisprudenza (non solo di Cassazione) di sostituire la norma processuale scritta con una diversa, non desumibile né dalla sua interpretazione letterale, né dalla sua interpretazione sistematica <sup>(50)</sup>. Rilevo quest'ultimo che conduce a considerare direttamente il secondo aspetto della questione della legalità processuale.

b) La costituzionalizzazione del principio di legalità processuale sotto il peculiare profilo della garanzia della chiara predeterminazione della disposizione processuale applicabile porta anche a domandarsi se esso comporti il superamento definitivo della creatività giurisprudenziale oppure se proprio il principio del giusto processo, in uno con quello dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale, consentano di addivenire a soluzioni non strettamente contemplate dal legislatore <sup>(51)</sup>.

Il problema si pone in maniera del tutto particolare nel processo amministrativo, da sempre caratterizzato da un diritto pretorio, e impone di compiere alcune precisazioni sul rango che assumono i principi generali e sul loro rapporto con la riserva di legge. Se è vero che i principi generali del processo amministrativo, quale il principio del giusto processo, assolvono anche una funzione regolativa, nel senso che integrano la disciplina espressamente e specificamente dettata per il processo, occorre però cautela nell'applicazione di questi principi: "al principio, in funzione normativa, si deve ricorrere solo quando la soluzione dello specifico problema interpretativo non si possa trovare nella normazione espressa (il principio, cioè, va adoperato per integrare le disposizioni espresse non per esercitare violenza su di esse)" <sup>(52)</sup>.

---

<sup>48</sup> Cass., sez.un., n. 4309 del 2010. L'art. 269, co. 2, c.p.c., stabilisce che il giudice, verificata la tempestività della richiesta di chiamata di terzo e di spostamento della prima udienza allo scopo di consentire la citazione del terzo, "provvede con decreto a fissare la data della nuova udienza". Il legislatore non ha dunque configurato un potere discrezionale del giudice di rifiutare, in nome della prevalenza di ragioni di economia processuale, l'autorizzazione alla chiamata in causa di terzo richiesta dal convenuto, a differenza di quanto affermato dalle Sezioni unite.

<sup>49</sup> Per una descrizione dei quali si rinvia a Corte suprema di Cassazione, Ufficio del massimario, La Corte "del giusto processo". Riflessione su interventi nomofilattici, impatto sul sistema processuale, questioni aperte e reazione del pensiero giuridico, Roma, 2011, 37 ss.

<sup>50</sup> R. Caponi, D. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli, In difesa delle norme processuali, in Foro it., 2010, I, 1794 ss.; C. Consolo, Ragionevole durata, giusto processo e nuovo "sperimentale" art. 360 bis n. 2 c.p.c., in Riv.dir.proc., 2010, 978 ss.; Graziosi, Riflessioni in ordine sparso sulla riforma del giudizio in cassazione, in Riv.trim.dir.proc.civ., 2010, 37

<sup>51</sup> In quest'ultimo senso, con chiarezza, F. Merusi, Il codice del giusto processo amministrativo, in Dir.proc.amm., 2011, 1 ss., spec. 9-11.

<sup>52</sup> M. Nigro, Giustizia amministrativa, VI ed., Bologna, 2002, 269.

Per lungo tempo il diritto processuale amministrativo è stato privo di una legislazione sistematica ed esaustiva ed è stato merito della giurisprudenza colmare le lacune più vistose di disciplina.

Si fa riferimento non solo alla giurisprudenza costituzionale, cui si deve, ad esempio, l'arricchimento del catalogo degli strumenti cautelari nel processo in materia di pubblico impiego (Corte cost., n. 190 del 1985), o l'aumento dei mezzi di prova sempre in materia di pubblico impiego (Corte cost., n. 146 del 1987), oppure l'introduzione dell'opposizione di terzo nel processo amministrativo (Corte cost., n. 177 del 1995), o ancora il riconoscimento dell'effettiva eseguibilità delle ordinanze cautelari (Corte cost., n. 419 del 1995).

Qui si allude soprattutto alla giurisprudenza del giudice amministrativo, che, tra l'altro, ha portato all'utilizzo del giudizio di ottemperanza anche per le sentenze del giudice amministrativo, avvenuta per "un fatto di pura e semplice (direi, bruta) normazione giurisdizionale" <sup>(53)</sup>, o alla tutela giurisdizionale avverso il silenzio dell'amministrazione <sup>(54)</sup>, oppure all'introduzione delle misure cautelari atipiche, dilatando al massimo le possibilità offerte da una norma scarna, quale l'art. 21, co. 8, della legge Tar <sup>(55)</sup>, oppure all'introduzione dell'azione di accertamento autonomo da parte del terzo leso nel caso di d.i.a. nell'assoluto silenzio del legislatore <sup>(56)</sup>.

In un contesto privo di un codice del processo amministrativo e caratterizzato da una normativa sotto taluni profili risalente nel tempo e sotto altri silente (con buona pace della riserva di legge di cui all'art. 111 Cost.) è stata la stessa giurisprudenza amministrativa a costruire prassi idonee a colmare le lacune legislative ed è giunta a queste interpretazioni *praeter legem* in nome di un altro principio generale del processo, ossia del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Tuttavia la questione si dovrebbe porre diversamente ora, a seguito dell'adozione di un codice del processo amministrativo. Ma, nonostante il senso ultimo di una codificazione sia di dotare una branca del diritto di una struttura stabile e omnicomprensiva, che limiti al massimo le fluttuazioni della giurisprudenza, può accadere in concreto che un codice non si sia un testo normativo di per sé completo. Ciò si è verificato con il codice del processo amministrativo, principalmente a causa dei rimaneggiamenti che ha subito l'articolato nel passaggio dal testo elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato alla sua versione finale derivante dai tagli apportati dal Governo <sup>(57)</sup>.

La non perfetta redazione del codice del processo amministrativo emerge, ad esempio, dal fatto che nella sua versione finale non vi è alcuna menzione delle azioni generali di accertamento e di adempimento, mentre è rimasta la previsione che abilita il giudice a condannare l'amministrazione all'adozione delle "misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio" (art. 34, co. 1, lett. c).

Sullo sfondo questo mancato coordinamento tra azioni ammesse nel processo amministrativo e pronunce consentite al giudice amministrativo la giurisprudenza è intervenuta a colmare le lacune presenti nel codice. In particolare, partendo dal presupposto che il principio dell'effettività della tutela è "il principio cardine che deve guidare le decisioni del giudice amministrativo", il

---

<sup>53</sup> M. Nigro, Giustizia amministrativa, cit., 326.

<sup>54</sup> B. Tonoletti, voce Silenzio.

<sup>55</sup> Particolarmente chiara sul punto è Tar Lombardia, Milano, ord. 27 ottobre 1997, n. 727, in Foro amm., 1998, 1157; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 14 novembre 1997, n. 758, in Foro it., 1998, III, 173.

<sup>56</sup> Cons.St., sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717; 15 aprile 2010, n. 2139.

<sup>57</sup> Molto critico sul punto F. Merusi, In viaggio con Laband, in Giorn.dir.amm., 2010, 658 ss.

disallineamento tra le azioni disciplinate dal codice e le pronunce di accoglimento di cui all'art. 34 c.p.a. è stato risolto nel senso "dell'ampliamento delle domande proponibili in relazione alle situazioni giuridiche da proteggere", giungendosi a prefigurare un'atipicità delle azioni esperibili in giudizio <sup>(58)</sup>. Così l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è giunta a configurare sia un'azione di accertamento preventivo sia un'azione di "condanna pubblicistica all'esercizio del potere autoritativo in materia di interessi pretensivi", superando lo stretto dato normativo <sup>(59)</sup>.

Parte della dottrina ha avvallato quest'orientamento ritenendo che non ogni riferimento alla legge contenuto nella Costituzione alluda necessariamente all'istituto della riserva di legge, in quanto "il termine *law* non è solamente la legge del Parlamento, ma più in generale il *diritto*" <sup>(60)</sup>.

In realtà nella questione in esame s'intrecciano considerazioni relative al ruolo di garanzia della riserva di legge e al ruolo del codice di procedura nel riguardi del processo disciplinato. Se, da una parte, è indubbia la garanzia offerta dalla precostituzione delle regole di disciplina processuali, dal momento che la giurisprudenza non è per sua natura in grado di elaborare e di mantenere regole processuali dotate di sufficiente generalità, stabilità e certezza, dall'altra, la capacità di un codice di creare un sistema di diritto processuale amministrativo è posta in dubbio dal fatto che un codice sia concepito come trampolino per la costruzione di istituti processuali radicalmente innovativi.

Così, a fronte al riconoscimento pretorio dell'esperibilità nel processo amministrativo di un'azione di adempimento, i cui confini variano da sentenza a sentenza <sup>(61)</sup>, si hanno pronunce in cui si afferma invece che l'art. 34 c.p.a. "non va letto quale norma attributiva al giudice di un atipico potere di condanna", "in quanto neppure esiste, al di là della tassativa ipotesi di proposizione delle azioni di annullamento (art. 29 c.p.a.), di condanna (art. 30 c.p.a.) e in materia di silenzio e di nullità (art. 31 c.p.a.), la possibilità, per il titolare della posizione giuridica pretesamente lesa di avvalersi di un consimile processuale" <sup>(62)</sup>.

La necessità di bandire ogni forma di supplenza giudiziale, con il suo strascico d'incertezza, è stata confermata dal secondo correttivo al c.p.a. (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160), che ha tentato di porre fine al contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità di esperire l'azione di adempimento o di condanna atipica nel processo amministrativo. Il decreto ha aggiunto un nuovo comma all'art. 34, lett. c, c.p.a., ai sensi del quale l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è ammissibile, ma non può essere esercitata in via autonoma, con l'ulteriore limite per cui deve venire in rilievo o un'ipotesi di attività vincolata o non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

Ancora più radicale della supplenza giurisdizionale alle lacune normative è il fenomeno, già sopra visto nel processo civile, di riscrittura delle disposizioni di legge che si contrappone al loro significato letterale. Si pensi, ad esempio, alla nota decisione del Consiglio di Stato che ha attribuito

---

<sup>58</sup> R. Chieppa, Un primo bilancio sul nuovo processo amministrativo: il contributo della giurisprudenza e della dottrina prevale sulle aspettative (deluse) di un efficace intervento correttivo del legislatore, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>59</sup> Ad.pl. 23 marzo 2011, n. 3; 29 luglio 2011, n. 15.

<sup>60</sup> F. Merusi, Sul giusto processo, cit., 3.

<sup>61</sup> Cfr., per la particolare ampiezza in cui si ammette l'azione di adempimento, Tar Lombardia, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428.

<sup>62</sup> Cons.St., sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3858. Sull'impossibilità di configurare un'azione di adempimento, proprio in virtù dell'art. 111 Cost., cfr. A. Travi, Tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo, in Atti del LVI Convegno di Varenna, Milano, 2011, 79 ss.

al giudice amministrativo il potere di differire gli effetti di annullamento degli atti impugnati, risultati illegittimi, ovvero di non disporli affatto, in nome del principio di effettività della tutela <sup>(63)</sup>.

Ma le norme processuali non possono ridursi ad alcuni principi generali (che sia quello di effettività della tutela giurisdizionale, ma paradossalmente anche quello di ragionevole durata del processo) in nome dei quali il giudice può sovvertire il sistema normativamente posto, quasi fossero matrici di nuove regole processuali che superano la lettera della legge. E' proprio l'affermazione costituzionale secondo cui il giusto processo è "regolato dalla legge" a comportare un ridimensionamento dei margini di regolazione del processo affidati alla discrezionalità del giudice, sia in termini di disciplina concreta del singolo procedimento, sia in termini di formulazione astratta di principi e di disposizioni integrative della disciplina normativa <sup>(64)</sup>.

3. Il principio del giusto processo deve essere scomposto, perché contempla garanzie diverse. Le garanzie indicate all'art. 111 Cost. sono "minime", di per sé necessarie e sufficienti e la loro contestuale presenza "è il solo presidio che consenta a ogni processo di potersi qualificare come giusto" <sup>(65)</sup>.

Mentre, come sopra visto, nel diritto europeo le garanzie del giusto processo assumono il carattere di diritti soggettivi, azionabili davanti a un organo di giustizia sovranazionale, nella Carta costituzionale i canoni in questione sono concepiti quali garanzie oggettive che anzitutto il legislatore è chiamato ad attuare, fermo restando che la prospettiva oggettiva non esclude la prospettiva del diritto del singolo, ma semplicemente l'assorbe <sup>(66)</sup>.

Di qui anche un tipo diverso di sindacato nel caso di una loro violazione: nel caso di diritti sovranazionali entrano in gioco le giurisdizioni supreme "che sono giurisdizioni delle libertà non tanto in quanto giudici delle leggi, come è invece la nostra Corte costituzionale, ma in quanto giudici di violazioni concrete come è appunto la Corte europea" <sup>(67)</sup>, mentre nel caso di garanzie di tipo oggettivo l'attuazione è demandata al legislatore ordinario e la tutela al sindacato astratto del Giudice delle leggi.

Pertanto, l'avere demandato alla legge il compito di realizzare le garanzie processuali fondamentali comporta, ad esempio, l'impossibilità di portare davanti al giudice costituzionale questioni concrete concernenti i tempi del processo, diversamente da quanto accade davanti alla Corte europea davanti

---

<sup>63</sup> Si pensi a Cons.St., sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, che a fronte di una domanda di annullamento del provvedimento impugnato ha affermato che in nome dell'effettività della tutela giurisdizionale il giudice potrebbe limitarsi a dichiararne l'illegittimità senza alcun effetto caducatorio allorquando altrimenti risulterebbero pregiudicati interessi pubblici primari perseguiti dallo stesso ricorrente. Per una critica alla decisione cfr. A. Travi, Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo, in *Urb.app.*, 2011, 937 ss.

<sup>64</sup> In tal senso, con particolare riferimento al processo contabile, M. Ristuccia, Procedimento avanti alla Corte dei conti, in *Il giusto processo*, cit., 77 ss., 89. In tema cfr. anche A. Travi, Il Consiglio di Stato tra legislazione e amministrazione, in *Dir pubbl.*, 2011, 505 ss.

<sup>65</sup> L.P. Comoglio, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 23 ss.; parla di giusto processo come di una formula di sintesi aperta e suscettibile di espansioni e integrazioni rispetto al testo dell'art. 111 Cost. M. Cecchetti, voce *Giusto processo (dir.cost.)*, in *Enc.dir.*, Aggiorn., vol. V, Milano, 2001, 595 ss., 607.

<sup>66</sup> Per quest'ultimo rilievo cfr. M. Chiavario, voce *Giusto processo*, II) *Processo penale*, in *Enc.giur.*, ..., 3, che, con riguardo al processo penale, sottolinea come la prospettiva oggettiva "consente, già di per sé, di dare spazio a un più ampio spettro di esigenze di tutela, anche diverse da quelle aventi come punto di riferimento la persona che debba difendersi da un'accusa".

<sup>67</sup> M. Chiavario, *Procedimenti penali: aspetti comparatistici*, in *Il giusto processo*, cit., 329 ss., 330.

alla quale si vanta un vero e proprio diritto a che la controversia sia decisa in un tempo ragionevole<sup>(68)</sup>.

Visto che le garanzie del giusto processo sono configurate in termini oggettivi la cui attuazione è demandata al legislatore si percepisce così una differenza quanto a modalità di azione anche tra il principio anglosassone del *due process of law* e le norme di garanzia processuale contenute nell'art. 111 Cost.: mentre il principio del *due process* è pressoché l'unico punto di riferimento normativo di tutto il sistema di garanzie processuali costituzionali, nel nostro ordinamento l'attuazione delle garanzie del giusto processo richiede l'intermediazione del legislatore, con i problemi sopra evidenziati derivanti dall'esistenza di lacune normative<sup>(69)</sup>.

Quindi in prima battuta legislatore e Corte costituzionale sono i promotori e i custodi delle garanzie del giusto processo. Va però osservato che finora è stato il legislatore e non tanto la Corte costituzionale a svolgere un ruolo di garante in materia di giusto processo. Il nuovo art. 111 Cost. raramente è stato invocato a fondamento delle sentenze del giudice costituzionale, stante l'impostazione di quest'ultimo di ritenere i commi dedicati al giusto processo meramente ricognitivi di principi già impliciti nel tessuto costituzionale, secondo una tendenza che è stata definita di carattere continuista<sup>(70)</sup>. Così, ad esempio, partendo dal presupposto che il nuovo testo dell'art. 111 Cost. non ha innovato il precedente quadro costituzionale la Corte costituzionale giunge a negare l'insufficiente "terzietà" del giudice delegato al fallimento nelle decisioni sulle opposizioni allo stato passivo<sup>(71)</sup>.

Pertanto solo in parte si è avverato l'auspicio di una parte della dottrina, che aveva riposto nel nuovo art. 111 Cost. le proprie speranze affinché la Corte costituzionale traesse da esso la spinta a liberare alcuni processi speciali, quali quello tributario, dalle "secche della giurisdizione minore"<sup>(72)</sup>, o il desiderio che la formula costituzionale del giusto processo divenisse per la Corte costituzionale strumento per "arricchire" la gamma delle garanzie processuali fino ad aprirsi a "eventuali nuovi valori di civiltà", superando, ad esempio, nel processo civile la negazione della revocabilità dell'esecutività provvisoria del decreto ingiuntivo o il rifiuto di riconoscere le incompatibilità del giudice delegato nel fallimento a partecipare a giudizi sui quali ha espresso pareri o autorizzazioni<sup>(73)</sup>.

---

<sup>68</sup> Semmai la Corte potrebbe fondare una declaratoria d'illegittimità sul parametro della ragionevole durata del processo qualora una normativa fissasse termini eccessivamente lunghi e meccanismi inutilmente complessi; tuttavia è molto difficile configurare un intervento censorio della Corte di tal genere, perché la durata ragionevole non indica un valore in sé, bensì "un valore-risultato", che dipende da circostanze concrete, sottratte al sindacato della Corte; sul punto cfr. R. Bin, Commento all'art. 111 Cost., 979.

<sup>69</sup> In tema cfr. M. Mengozzi, Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali, Milano, 2009, 87 ss.

<sup>70</sup> Così L. Elia, Procedimento costituzionale, in *Il giusto processo*, cit., 31 ss., 42. Soltanto in relazione alle disposizioni riguardanti esclusivamente il processo penale la Corte costituzionale ha modificato la propria precedente impostazione come avvenuto, ad esempio, con Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440. Parla di una giurisprudenza costituzionale volta a sminuire la portata della riforma del 1999 M. Mengozzi, *Giusto processo*, cit., 132. Ciò è particolarmente evidente con riferimento al processo tributario; sul punto cfr. M. Bignami, I modelli processuali, cit., passim.

<sup>71</sup> Corte cost., 28 maggio 2001, n. 167, in *Foro it.*, 2001, I, 3450 ss., con nota critica di Costantino, *Giusto processo e procedimenti concorsuali*.

<sup>72</sup> Così F. Gallo, Il "giusto" processo tributario, in *Il giusto processo*, cit., 103 ss., 103; F. Tesaro, *Giusto processo e processo tributario*, in *Rass.trib.*, 2006, 11 ss., 12.

<sup>73</sup> G. Vignera, Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost., in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2003, 1185 ss., 1194.

Di contro, il legislatore ha mostrato una maggiore sensibilità nei confronti del giusto processo, come mostrano molte disposizioni del codice del processo amministrativo, alcune anticipate dalla legge n. 205 del 2000, anche se permangono alcuni aspetti problematici, che si cercherà di illustrare.

Beninteso le garanzie insite nella nozione di giusto processo, oltre che imporsi al legislatore e al giudice costituzionale, fungono da principio guida dell'interpretazione delle singole disposizioni legislative processuali da parte dei giudici comuni, ma senza dimenticare quanto sopra sottolineato e cioè che la riserva di legge in materia impedisce l'adozione di soluzioni giurisprudenziali *praeter legem* liberalmente e soggettivamente ispirate al canone del giusto processo.

Anzi va riconosciuta alla giurisprudenza di merito una particolare sensibilità nell'attuazione delle garanzie del giusto processo, come mostra, ad esempio, l'introduzione dapprima pretoria e solo successivamente normativa dell'obbligo del giudice di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, oppure dell'obbligo di notificazione del ricorso in ottemperanza, quest'ultimo oltretutto riconosciuto dal giudice amministrativo nonostante il contrario avviso della Corte costituzionale <sup>(74)</sup>.

Recettive nei riguardi delle garanzie del giusto processo risultano soprattutto le sezioni unite della Corte di Cassazione, come mostra la raccolta annuale a cura dell'Ufficio del massimario della Cassazione dal titolo "la Corte *del giusto processo*", con un'attività che si estende a pressoché tutti i tipi di processo, ordinari e speciali, unificando e guidando l'evoluzione della giurisprudenza attraverso decisioni non vincolanti *ex lege*, ma autorevoli.

Tuttavia, come è noto, il processo amministrativo non beneficia di quest'opera di nomofiliachia della Corte di cassazione che garantisce l'uniforme e ordinata interpretazione delle norme, dal momento che contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111, 8 co., Cost.). Alla mancanza di un momento istituzionale di omogeneizzazione e di sintesi della tutela garantita dall'intero sistema processuale cerca di far fronte l'Adunanza plenaria, che talvolta ha mutato l'orientamento tradizionale esistente in materia proprio "in relazione all'indirizzo assunto dalla Cassazione ... alla luce ... del principio del giusto processo"; come avvenuto, ad esempio, allorché l'Adunanza ha affermato che il principio secondo cui l'alterità del giudice in sede di rinvio probatorio costituisce applicazione della garanzia di terzietà-imparzialità del giudice, sulla scia di quanto sostenuto dalle sezioni unite della Cassazione <sup>(75)</sup>.

Da ultimo, nonostante quanto sopra affermato circa la diversità di modalità di azione del nostro principio costituzionale del giusto processo rispetto alla *due process of law clause*, la tradizione di *common law* non è del tutto assente in materia. La letteratura più attenta ai profili comparatistici ha sottolineato che la fisionomia assunta dal giusto processo nel nostro ordinamento è frutto di una "contaminazione" di modelli diversi, sulla base di alcuni valori comuni di giustizia.

Se, da una parte, forti garanzie a salvaguardia dell'indipendenza dei giudici sono proprie della "struttura burocratica e gerarchica degli organi giurisdizionali secondo le tradizioni di *civil law*", dall'altra parte, la centralità del contraddittorio processuale e del metodo cd. *adversary* è propria delle tradizioni di *common law* <sup>(76)</sup>.

---

<sup>74</sup> Entrambi i punti saranno diffusamente trattati infra, par. ...

<sup>75</sup> I termini della questione sono riassunti infra, al par. ...

<sup>76</sup> L.P. Comoglio, Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica, cit., 255-256.



Infatti all'interno dei canoni costitutivi del giusto processo compaiono, da un lato, garanzie attinenti alla posizione e alle funzioni del giudice (terzietà e imparzialità), dall'altro, garanzie relative alla posizione e ai diritti delle parti in giudizio (parità delle parti e contraddittorio) <sup>(77)</sup>.

4. E' stato incisivamente affermato che all'idea del giusto processo è strettamente associata quella del "giudice giusto". Di conseguenza, la legge deve cercare "di mettere la giurisdizione nelle situazioni più idonee ad esplicarsi con serenità e senza condizionamenti da invincibili pregiudizi" <sup>(78)</sup>.

La dottrina si è interrogata sul significato delle garanzie di terzietà e imparzialità del giudice prefigurate dall'art. 111 Cost., ricordando comunque quanto già osservato al paragrafo precedente e cioè che anche precedentemente alla riforma del 1999 la Corte costituzionale riteneva insito nella funzione giurisdizionale il principio d'imparzialità, che riposava "nel complesso delle norme costituzionali relative alla magistratura e al diritto di difesa" <sup>(79)</sup>.

E' indubbio che imparzialità e terzietà siano concetti tra loro complementari, che oltretutto arricchiscono quello d'indipendenza previsto dall'art. 104 Cost. che qualifica la magistratura come "ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere", e che si riferisce "alla cosiddetta indipendenza esterna, quella nei confronti di altri poteri od organi" <sup>(80)</sup>.

Ma se vi è chi ritiene che terzietà e imparzialità siano un'endiadi <sup>(81)</sup>, altri sostengono che la terzietà andrebbe riferita allo *status*, ossia al piano ordinamentale, mentre l'imparzialità atterrebbe alla funzione esercitata nel processo <sup>(82)</sup>. Altri ancora precisano quest'ultima opinione affermando che la terzietà riguarda l'equidistanza del giudice rispetto alle parti, mentre l'imparzialità attiene all'equidistanza del giudice rispetto agli interessi coinvolti nel giudizio <sup>(83)</sup>, contrapponendo così la

---

<sup>77</sup> M. Cecchetti, voce Giusto processo, cit., 598.

<sup>78</sup> M. Chiavario, voce Giusto processo, cit., 8.

<sup>79</sup> Tra le prime pronunce in tal senso, da cui è anche tratto il virgolettato nel testo, è Corte costituzionale, n. 92/1962.

<sup>80</sup> U. Pototschnig, Il giudice interessato non è indipendente, in *Giur.cost.*, 1965, 1291 ss., ora anche in *Scritti scelti*, Padova, 1999, 139 ss., 143, il quale precisa poi che, mentre l'indipendenza attiene all'ufficio ed è requisito richiesto al giudice prima dell'instaurazione di un rapporto processuale, il difetto d'imparzialità non è rilevabile che nel concreto esercizio del potere e cioè solo dopo l'instaurazione del rapporto giuridico processuale. Va poi osservato insieme a G. Verde, L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente, in *Dir.proc.amm.*, 2003, 343 ss., 346, che "il modello voluto dai Costituenti fu quello di una indipendenza *forte* per la magistratura ordinaria e di una indipendenza *sufficiente* per le altre magistrature". Infatti, mentre con riguardo alla magistratura ordinaria è la stessa Costituzione a prevedere una serie di garanzie a presidio dell'indipendenza dalla medesima riconosciuta (artt. 104 e 105 Cost.), per le giurisdizioni speciali l'art. 108, co. 2, Cost. si limita a rinviare al legislatore il compito di elaborare meccanismi atti a tutelarne la posizione d'indipendenza.

<sup>81</sup> M. Chiavario, voce Giusto processo (processo penale), cit., 9.

<sup>82</sup> F. Cordero, *Procedura penale*, 2006, 1314.

<sup>83</sup> F.G. Scoca, 167-168.

terzietà intesa come imparzialità oggettiva all'imparzialità soggettiva <sup>(84)</sup>, oppure l'imparzialità strutturale all'imparzialità funzionale <sup>(85)</sup>.

Come è stato acutamente sottolineato, "ogni interesse deve rappresentarsi come interesse di (una) parte, sul piano processuale, equiordinato rispetto agli altri, anche se prevalente sul piano sostanziale". Esiste dunque un forte legame tra i requisiti dell'imparzialità e della terzietà, da un lato, e la garanzia della parità delle parti, dall'altro: le parti sono davvero "pari" unicamente se nessuna delle due possa dirsi più "vicina" al giudice <sup>(86)</sup>.

La questione dell'imparzialità e della terzietà si pone dunque in maniera particolare nel processo amministrativo ed è stato notato che nel testo dell'articolo che il codice dedica al principio del giusto processo "di tale principio sembra dimenticato il profilo essenziale rappresentato dalla terzietà e imparzialità del giudice" <sup>(87)</sup>.

Nel caso del giudice amministrativo "la temuta *dipendenza* del giudice sussiste proprio nei confronti di quella amministrazione o di quell'autorità che è parte nei relativi giudizi; con la conseguenza che la mancata indipendenza si traduce (altresì) in un difetto di terzietà del giudice rispetto alle parti e quindi in un vizio di imparzialità" <sup>(88)</sup>.

In questa logica parte della dottrina ha sostenuto che le garanzie di terzietà e imparzialità del giudice siano messe in crisi dalla contemporanea presenza in capo al Consiglio di Stato di una funzione consultiva e di una funzione giurisdizionale, che genera l'eventualità di una doppia presa di posizione da parte del medesimo organo sullo stesso oggetto <sup>(89)</sup>.

Eventualità resa più consistente dall'eliminazione da parte del legislatore della ripartizione rigida di funzioni consultive e funzioni giurisdizionali tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato (art. 54 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133) e dalla mancata riproduzione nel codice del processo amministrativo di una disposizione analoga all'art. 43 del T.U. del Consiglio di Stato, in base al quale "non possono prendere parte alle decisioni (assunte dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale) i consiglieri che avessero concorso a dar parere, nella sezione consultiva, sull'affare che forma oggetto del ricorso" <sup>(90)</sup>.

In realtà il cumulo di funzioni giurisdizionali e consultive nel Consiglio di Stato è espressamente previsto dalla Costituzione (artt. 100 e 103 Cost.), è considerato favorevolmente dalla Corte costituzionale (21 ottobre 2011, n. 273) e non è stato ritenuto lesivo neppure dal giudice di

---

<sup>84</sup> M. Chiavario, *Procedimenti penali*, cit., 333.

<sup>85</sup> M. Renna, *Giusto processo e effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. Della Cananea e M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss., 511.

<sup>86</sup> Le citazioni si riferiscono rispettivamente a F.G. Scoca, *Riflessioni sulla giustizia amministrativa: un percorso intellettuale coerente*, in V. Spagnuolo Vigorita, *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, LIX, e ad A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, 61 ss.

<sup>87</sup> A. Travi, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, V, 14 dell'estr.

<sup>88</sup> U. Pototschnig, *Il giudice interessato*, cit., 144.

<sup>89</sup> A. Proto Pisani, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, 2001, V, 26.

<sup>90</sup> Pur lamentando questa lacuna (tra l'altro, nell'articolato originario del codice si riproduceva il contenuto dell'art. 43 sopra richiamato), R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo*, 2010, Milano, 119, ritiene che si possa applicare al caso di specie l'art. 51, n. 4, c.p.c., applicabile in virtù dell'art. 17 c.p.a., che prevede come ipotesi di astensione obbligatoria del giudice il caso in cui egli "ha dato consiglio ... nella causa ...".

Strasburgo dell'art. 6 CEDU il quale richiede che il processo si svolga davanti a un "tribunale indipendente e imparziale". La Corte europea, occupandosi della questione con riferimento a organi di giustizia amministrativa strutturati in maniera analoga al nostro Consiglio di Stato <sup>(91)</sup>, ha ritenuto sufficiente per assicurare l'imparzialità del giudice l'esistenza di meccanismi idonei a garantire la diversità delle persone fisiche cui è affidata la decisione sul medesimo atto nei due diversi consessi, procedendo a una valutazione caso per caso <sup>(92)</sup>.

Tuttavia alcune opinioni espresse da giudici dissenzianti rispetto alle pronunce finali della Corte di Strasburgo hanno censurato in termini generali la commissione di funzioni giurisdizionali e consultive in capo al medesimo organo di giustizia, ritenendo che, ai fini del rispetto della garanzia dell'imparzialità del giudice non sia sufficiente che quest'ultimo sia effettivamente equidistante dagli interessi delle parti, ma sia necessario che sia egli sia tale da "apparire" imparziale alle stesse parti in contesa e ispirare fiducia in coloro che sono sottoposti al suo giudizio <sup>(93)</sup>.

Sempre nella logica da ultimo evidenziata si è ritenuto che anche le modalità di nomina del giudice medesimo siano idonee a mettere a repentaglio l'imparzialità e la terzietà (e naturalmente anche l'indipendenza) del giudice. Come è noto, ancora oggi un quarto dei Consiglieri di Stato è di nomina governativa (art. 19, co. 1, n. 2, legge 27 aprile 1982, n. 186) e questo elemento, insieme alla compresenza di funzioni consultive e giurisdizionali in capo sempre al Consiglio di Stato, ha fatto parlare di "contiguità istituzionale" tra amministrazione, specialmente statale, e magistratura amministrativa <sup>(94)</sup>. Analogamente una quota dei componenti del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana è di nomina regionale (d.p.r. 5 aprile 1978, n. 204 e d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373) e una quota dei componenti del Tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino Alto Adige è di nomina politica del Consiglio provinciale di Trento (art. 90 d.p.r. 31 agosto 1972, n. 670; artt. 1 e 2 d.p.r. 6 aprile 1984, n. 426) <sup>(95)</sup>.

La Corte costituzionale, tuttavia, non ha ritenuto tali nomine in contrasto con il principio d'indipendenza del giudice, precisando che lo *status* d'indipendenza sia garantito, più che dalla spettanza della nomina, dalle norme che regolano lo svolgimento della funzione <sup>(96)</sup>.

---

<sup>91</sup> Situazione analoga a quella italiana esiste, ad esempio, in Francia, Olanda e Lussemburgo.

<sup>92</sup> Cfr. per tutte Corte europea diritti dell'uomo, 6 maggio 2003, *Kleyn*. Su questa giurisprudenza si rinvia a S. Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, 261 ss.; M. Mengozzi, *Giusto processo*, cit., 162 ss.; M. Allena, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 20 ss.

<sup>93</sup> Sul punto si rinvia agli autori citati nt. precedente. Si consideri poi che, a detta di una parte della dottrina (R. Chieppa, *Il codice*, cit., 122), "non fa sorgere l'obbligo di astensione l'espressione di un parere su una identica questione di diritto, ma sul medesimo affare che forma oggetto del contenzioso in sede giurisdizionale".

<sup>94</sup> V. Domenichelli, *La parità delle parti nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2001, 859 ss., 860. Cfr. anche in tema N. Zanon e F. Biondi, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario. Status e funzioni dei magistrati alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionali*, Milano, 2002, 42. Prima della riforma attuata dalla legge 27 aprile 1982, n. 186, era intervenuta la Corte costituzionale, con sentenza n. 177 del 1973, in cui aveva ammonito il legislatore a tradurre in legge norme e principi stabiliti da un atto di autodisciplina del Governo sulle nomine dei consiglieri.

<sup>95</sup> In tema cfr. F.G. Scoca, *Specialità e anomalie del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana*, in *Dir.proc.amm.*, 2007, 20 ss.; S. Raimondi, *Il Consiglio di giustizia amministrativa nel disegno di legge costituzionale di revisione dello Statuto siciliano*, in *Dir.p pubbl.*, 2005, 945 ss.

<sup>96</sup> Corte cost., 19 dicembre 1973, n. 177; 4 novembre 2004, n. 316; cfr. altresì TRGA, sez. Trento, 17 luglio 2008, n. 171; Cons.St., sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 393; sez. VI, 23 febbraio 2009, n. 1049. Di contro la Corte cost., con sentenza 17 luglio 2002, n. 353, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 138 del r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 (c.d. T.U. sulle acque), nella parte in cui prevede che siano aggregati al Tribunale regionale delle acque pubbliche tre funzionari dell'ex Genio civile, uno dei quali deve intervenire nel collegio giudicante, visto che per costoro la legge

Si è però obiettato che, anche a volere ammettere che tali norme siano effettivamente in grado di assicurare l'indipendenza del magistrato, tuttavia esse non sono presidio sufficiente a tutela dell'imparzialità, intesa come esigenza di garanzia di un reale distacco del giudice dalle parti in causa, pur se messo al riparo da specifiche pressioni poste in essere da queste <sup>(97)</sup>.

A tal riguardo è stato notato che “non è dunque una questione solo di garanzie formali, di indipendenza e imparzialità, ma anche sociologica: finché, come dicono i francesi, il giudice amministrativo avrà lo stesso profumo dell'amministrazione o questa siederà sulle sue ginocchia, il giudice potrà dirsi realmente terzo e le parti eguali?” <sup>(98)</sup>. In altri termini, “si è sottovalutato il rischio che la previsione di requisiti sostanziali e regole procedurali per le nomine comunque non impedisca una politicizzazione e lottizzazione delle stesse”, non tenendo conto dell'intero contesto di rapporti intercorrenti tra organi governativi e magistrati e delle interferenze derivanti dagli incarichi extraistituzionali attribuiti ai giudici <sup>(99)</sup>.

In ogni caso, anche volendo prescindere da questi ultimi rilievi sostanziali, l'attenzione deve essere rivolta alle concrete garanzie che regolano lo svolgimento della funzione giurisdizionale per verificare se esse soddisfino i canoni dell'imparzialità e della terzietà del giudice. Viene in rilievo anzitutto la necessità di evitare che il giudice sia condizionato dalla forza della prevenzione, ossia di evitare che lo stesso giudice, nel decidere, ripercorra l'identico itinerario logico precedentemente seguito, pronunciandosi due volte sulla medesima *res iudicanda* <sup>(100)</sup>.

Dal primo giudizio infatti potrebbero derivare convinzioni precostituite sulla materia controversa, determinandosi così un “pregiudizio” contrastante con l'esigenza costituzionale che la funzione del giudicare sia svolta da un soggetto “non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombro da convinzioni formatesi in occasione dell'esercizio di funzioni giudicanti in altre fasi del giudizio” <sup>(101)</sup>.

Ma, come già osservato in precedenza su un piano generale di garanzia del giusto processo, le regole concrete a presidio dell'imparzialità-terzietà del giudice variano a seconda del tipo di processo. Se infatti la garanzia di imparzialità-terzietà della giurisdizione si impone con riferimento a qualsiasi processo, essa però deve trovare attuazione avendo riguardo alle peculiarità proprie di ciascun tipo di procedimento.

Così la Corte costituzionale ha precisato che, stante la particolarità e le diversità dei sistemi processuali, non sono applicabili al giudizio civile e a quello amministrativo le regole previste nel processo penale che non limitano l'obbligo di astensione del giudice alla sola ipotesi di conoscenza della causa in altro grado, ma lo estendono alla diversa ipotesi di conoscenza in altra fase del

---

non prevede alcuna garanzia a presidio della loro necessaria imparzialità, indipendenza e terzietà (ex art. 108 e 111 Cost.), continuando costoro a rimanere incardinati nell'amministrazione di appartenenza.

<sup>97</sup> M. Mengozzi, *Giusto processo*, cit., 170. Sempre nella logica accennata nel testo si è ritenuto che ulteriore elemento di contiguità tra giudice amministrativo e potere esecutivo, della cui conformità ai principi del giusto processo è lecito dubitare, è l'ampia possibilità lasciata dalla vigente legislazione al conferimento di incarichi extra-giudiziari ai magistrati amministrativi: cfr., per tutti, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., 93 ss.

<sup>98</sup> V. Domenichelli, *La parità delle parti*, cit., 861.

<sup>99</sup> M. Renna, *Giusto processo*, cit., 518.

<sup>100</sup> F.G. Scoca, 169; R. Bin, 974.

<sup>101</sup> Corte cost., 12 luglio 2002, n. 335; Corte cost., 22 luglio 2003, n. 262.

processo, avendo riguardo all'atteggiamento psicologico del magistrato che abbia provveduto in ordine a una misura cautelare <sup>(102)</sup>.

Nel processo civile e nel processo amministrativo l'esigenza che il giudice rimanga (e anche appaia) estraneo agli interessi oggetto del processo è assicurata dagli istituti dell'astensione e della ricusazione di cui all'art. 51 ss. c.p.c., ai quali ora fanno rinvio anche gli artt. 17 e 18 c.p.a., quanto a cause e modalità di astensione e cause di ricusazione.

In questo contesto assume rilevanza particolare l'art. 51, n. 4, c.p.c. che prevede l'obbligo di astensione nei casi in cui il giudice abbia già conosciuto la medesima causa "come magistrato in altro grado di giudizio" e il perimetro di applicazione della disposizione è frutto di svariati interventi interpretativi della Corte costituzionale.

E' possibile notare una tendenza evolutiva nell'interpretazione della nozione di "altro grado di giudizio", imperniata sulla valorizzazione del nuovo testo dell'art. 111 Cost. e volta a superare le strettoie del dato letterale. La Corte ha proseguito nell'affermare che l'espressione "altro grado di giudizio" che fa scattare l'incompatibilità del giudice non può avere un ambito rispetto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, ma deve ricomprendere anche la fase che si succede con carattere di autonomia, caratterizzata da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario.

Così, ad esempio, la Corte costituzionale ha inteso come altro grado di giudizio anche il procedimento che si svolge davanti al medesimo ufficio giudiziario, quando per le caratteristiche decisorie e potenzialmente definitive del provvedimento che chiude la prima fase e per la sostanziale identità di valutazioni da compiersi in entrambe le fasi nel rispetto del principio del contraddittorio, ancorché realizzato con modalità deformalizzate, il secondo assume il valore di vera e propria impugnazione <sup>(103)</sup>.

Su questa scia viene a collocarsi anche la giurisprudenza amministrativa. Essa originariamente aveva escluso l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c. all'ipotesi di giudizio di annullamento con rinvio, ritenendosi che il giudizio di rinvio non si configurasse alla stregua di grado diverso e autonomo da quello concluso con la sentenza primigenia annullata con rinvio <sup>(104)</sup>.

Attualmente invece l'Adunanza plenaria, anche sulla scia di alcune pronunce della Cassazione, richiede l'alterità del giudice in sede di rinvio prosecutorio, perché essa costituisce applicazione del principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione <sup>(105)</sup>. Nel processo amministrativo, la regola della incompatibilità prevista dall'art. 51, n. 4, c.p.c. è applicabile anche quando è lo stesso ufficio giudiziario, che ha reso la pronuncia originaria annullata con rinvio dal giudice di appello, a doversi nuovamente pronunciare sulla medesima questione, con la conseguenza che la sua definizione deve essere affidata ad altra sezione o alla medesima sezione, ma con diversa composizione.

---

<sup>102</sup> Corte cost., 15 ottobre 1999, n. 387, che fa riferimento alla diversa disciplina del processo penale di cui all' art. 34, co. 2, c.p.p., così come interpretato da Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432.

<sup>103</sup> Corte cost., 23 dicembre 2005 n. 460, in *Foro it.*, 2006, I, 639, con nota di Fabiani, *Terzietà del giudice fallimentare: sintonie e asimmetrie fra Consulta e legislatore*, in materia di opposizione alla dichiarazione di fallimento; 15 ottobre 1999 n. 387, *id.*, 1999, I, 3441, in materia di opposizione a decreto di repressione della condotta antisindacale, ex art. 28, l. n. 300 del 1970.

<sup>104</sup> Cons. St., sez. V, 30 luglio 1982, n. 622.

<sup>105</sup> Cfr. Cass., sez.un., 27 febbraio 2008, n. 5087. Cfr. altresì Corte cost., 22 luglio 2003, n. 262, con riferimento all'ipotesi di annullamento con rinvio a una sezione disciplinare del C.S.M.; in senso analogo Cass., sez.un., 26 maggio 2004, n. 10139; sez. III civ., 15 marzo 2007, n. 6003.

L'obbligo del giudice di astenersi sorge altresì in sede di revocazione anche quando il ricorso è fondato su un errore non di apprezzamento, ma dei sensi, ben potendo la c.d. forza della prevenzione svolgere un ruolo decisivo nella fase rescindente, mentre non trova applicazione in sede di giudizio di opposizione di terzo, stante l'art. 405 c.p.c., secondo cui competente a conoscere dell'opposizione è lo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza opposta <sup>(106)</sup> <sup>(107)</sup>.

Sempre con riguardo al processo amministrativo è stata ritenuta inconfigurabile una situazione d'incompatibilità nei confronti del giudice della fase cautelare a partecipare anche alla decisione di merito della controversia. La Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione nella causa di merito per il giudice civile che abbia concesso una misura cautelare <sup>(108)</sup>.

Tale conclusione trova il suo immediato precedente nella declaratoria d'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 51 c.p.c. nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione nella causa di merito per il giudice civile che abbia concesso una misura cautelare *ante causam*, in riferimento all'art. 24 Cost. <sup>(109)</sup>.

Infatti sia nel processo amministrativo sia nel processo civile la cognizione in sede cautelare "lascia irrisolto il quesito circa l'esito finale del giudizio e non *anticipa* affatto la decisione del merito" <sup>(110)</sup>. La giurisprudenza amministrativa ha poi precisato che l'esclusione di un'incompatibilità fra giudice della fase cautelare e giudice del merito trova fondamento nel "pieno rendimento dell'attività giurisdizionale, alla stregua del principio di concentrazione", che "viene più agevolmente conseguito, se è sempre lo stesso giudice a condurre il processo, e che il giudice più adatto a decidere del merito può essere ritenuto, secondo ragione, appunto quello già investito di una cognizione *ante causam*, cautelare o più genericamente sommaria" <sup>(111)</sup>.

---

<sup>106</sup> Ad.pl., 25 marzo 2009, n. 2.

<sup>107</sup> Sempre nell'ottica di garantire l'imparzialità-terzietà del giudice si collocano alcune sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità del combinato disposto degli artt. 139 e 143, co. 3, del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775 (c.d. T.U. sulle acque), nella parte in cui non prevedono meccanismi di sostituzione del componente astenuto, ricusato o legittimamente impedito del Tribunale superiore delle acque pubbliche. Le norme denunciate precludono la regolare formazione del collegio giudicante, "determinando così la lesione, sotto vari profili, degli artt. 24, primo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione, che in particolare fissano il principio del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti davanti ad un giudice terzo ed imparziale nell'ambito del *giusto processo*" (Corte cost., 3 luglio 2003, n. 305).

Di diverso avviso è stata però un'ordinanza della Corte Costituzionale che ha invece dichiarato manifestamente infondata l'analoga questione di legittimità costituzionale - sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., dell'art. 2 del d.lgs. 6 maggio 1948, n. 654, nella parte in cui non prevede che, in caso d'impossibilità di comporre, per astensione o altri impedimenti dei membri regionali, il collegio del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, sia possibile sostituire questi ultimi con esperti della sezione consultiva nominati dalla Regione in possesso dei requisiti richiesti per la nomina dei giuristi della sezione giurisdizionale. In tal caso la Corte costituzionale aveva ritenuto che "le difficoltà denunciate dal remittente circa la formazione dei collegi giudicanti costituiscono inconvenienti di mero fatto, che, in quanto tali, non possono assumere rilievo nel giudizio di legittimità costituzionale" (Corte cost. ord., 20 giugno 2002, n. 261).

<sup>108</sup> Corte cost. ord. 21 ottobre 1998 n. 359. Si ricordi che, prima dell'intervento del c.p.a., era l'art. 47 del regolamento di procedura per i giudizi davanti al Consiglio di Stato a effettuare un rinvio all'art. 51 c.p.c.

<sup>109</sup> Corte cost., 7 novembre 1997 n. 326, in Foro it., 1998, I, 1007, con nota di Scarselli, Terzietà del giudice e Corte costituzionale. Il parametro dell'art. 111 Cost. non era stato in quel caso invocato, dal momento che si era in epoca precedente alla riforma del 1999.

<sup>110</sup> Corte cost., n. 326/1997; ord. n. 359/1998.

<sup>111</sup> Cons.Stato Sez. VI, 6 marzo 2003 n. 1228; ma cfr. anche Cons.St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1660; sez. V, 5 luglio 2007, n. 3814; sez. VI, 9 novembre 2001 n. 5733.

In questo caso è il principio di concentrazione e dunque il principio costituzionale della ragionevole durata del processo a orientare l'interpretazione di una disposizione strutturale del processo, di per sé scarna.

Il codice del processo amministrativo ha poi inteso rafforzare ulteriormente le garanzie di terzietà-imparzialità del giudice nel caso di ricusazione. In precedenza, gli artt. 47 ss. del regolamento di procedura per i giudizi dinanzi al Consiglio di Stato si limitavano a rinviare alle disposizioni contenute le c.p.c. per quanto attiene alla determinazione delle ipotesi di astensione e di ricusazione ma tacevano in ordine alla questione della legittimità della decisione sull'istanza di ricusazione pronunciata dal collegio con la partecipazione del giudice ricusato. Di conseguenza il giudice ricusato poteva partecipare al collegio che decideva della sua ricusazione <sup>(112)</sup>.

Ora invece l'art. 18, co. 5, c.p.a. prevede espressamente che la decisione sull'istanza di ricusazione sia adottata dal collegio previa sostituzione del magistrato ricusato, anche se stabilisce altresì che siano tutti i componenti del collegio a deliberare l'istanza e a procedere oltre se a un sommario esame la ritengano inammissibile o manifestamente infondata <sup>(113)</sup>.

Qualche dubbio sulla conformità ai dettami della terzietà-imparzialità suscita comunque la premessa su cui si fonda il giudizio di ricusazione. Infatti la decisione sulla domanda di ricusazione spetta al medesimo ufficio giudiziario di cui fa parte il giudice ricusato, e non invece al giudice di grado superiore. Di conseguenza, anche nel caso in cui sia stata proposta domanda di ricusazione nei confronti di tutti i componenti del collegio di un tribunale amministrativo, spetta allo stesso Tar e non al Consiglio di Stato, decidere sull'ammissibilità di tale istanza <sup>(114)</sup>. Vero è che in generale laddove l'oggetto di ricusazione è lo stesso intero collegio, l'ulteriore valutazione dell'istanza di ricusazione sarà effettuata da un collegio avente composizione totalmente diversa. Tuttavia, l'art. 18 c.p.a. è stato interpretato nel senso che “non può farsi luogo a un secondo giudizio sulla ricusazione tutte le volte che questa appare finalizzata a obiettivi meramente dilatori” <sup>(115)</sup>.

5. Strettissimo è il legame tra parità delle parti e contraddittorio: il contraddittorio “esprime la posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo in ordine alla possibilità astratta di elaborazione del contenuto della sentenza”. “Il principio del contraddittorio ... non è altro, in fondo, che *uguaglianza tra le parti*” <sup>(116)</sup>.

Tuttavia l'art. 111 Cost. e soprattutto la precisa dizione dell'art. 2 c.p.a. (“Il processo amministrativo attua i principi della parità delle armi, del contraddittorio ...”) consentono di attribuire alla garanzia della parità delle parti un significato autonomo, che non si risolve automaticamente nel rispetto del contraddittorio.

---

<sup>112</sup> Cons.St., sez. IV, ord. 30 gennaio 2001, n. 709.

<sup>113</sup> Cons.St., sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1162; sez. IV, 20 aprile 2012, n. 2355.

<sup>114</sup> Cons.St., sez. IV, ord. 12 giugno 2007 n. 3308, in Foro it., 2007, III, 609, con nota di A. Travi. L'ordinanza ha qualificato come abnorme l'ordinanza del Tar che aveva disposto la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato affinché decidesse sull'istanza di ricusazione, dal momento che tale provvedimento decampa dai poteri giurisdizionali esercitabili *ex lege*, risolvendosi in un'abdicazione dall'esercizio della relativa funzione.

<sup>115</sup> Cons.St., sez. IV, n. 2355/2012.

<sup>116</sup> F. Carnelutti, Diritto e processo, Napoli, 1958, 99. Sulla stretta correlazione tra contraddittorio e parità di armi tra le parti cfr. anche G. Ubertis, Principi di procedura penale europea, Milano, 2000, 37.

Tale garanzia va intesa come “parità assertoria” (possibilità di eguaglianza nell’affermazione giudiziale), e come “parità delle armi” (possibilità di eguaglianza nelle armi processuali, opportunità di svolgere argomentazioni contrastanti) <sup>(117)</sup>.

Nel processo penale si è soliti affermare che il concetto di parità delle parti deve adattarsi al tipo di processo e alla natura dell’interesse, pubblico o privato, che la singola parte persegue <sup>(118)</sup> e la Corte costituzionale a più riprese ha precisato, con specifico riguardo a tale processo, che il principio di parità delle parti non comporta necessariamente l’identità tra i poteri processuali dell’accusa e della difesa. Una disparità di trattamento può infatti “risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia” <sup>(119)</sup>.

Da parte loro i più accorti studiosi del processo amministrativo evidenziano che se sul piano del diritto sostanziale i soggetti non vantano posizioni paritarie, stante la preminenza dell’interesse pubblico di cui è portatrice l’amministrazione, sul piano del diritto processuale però la parte pubblica deve avere posizione e poteri del tutto equivalenti a quelli delle parti private <sup>(120)</sup>.

Una posizione assai simile si rinviene tra i cultori del diritto tributario, i quali, pur non negando che l’interesse fiscale abbia un particolare rilievo nella Costituzione, precisano che “il processo dovrebbe rispondere a logiche autonome, non influenzate da ragioni extraprocessuali, ed assicurare in ogni caso le garanzie volute dalla Costituzione, quali che siano gli interessi sostanziali coinvolti” <sup>(121)</sup>.

Il requisito della parità delle parti e quindi delle armi non deve essere inteso come assoluta identità di diritti e doveri, bensì come giusto equilibrio tra di esse. La storia del processo amministrativo dimostra che è stato proprio per porre rimedio allo squilibrio sostanziale tra parte pubblica e parte privata che la giurisprudenza ha elaborato il principio dispositivo mitigato dal metodo acquisitivo, consentendo al giudice il potere di acquisire d’ufficio la prova integrando “l’onere del principio di prova” che grava sulla parte che ha agito in giudizio, solitamente priva della disponibilità dei fatti rilevanti per decidere <sup>(122)</sup>.

Ora è lo stesso codice del processo amministrativo, all’art. 64, co. 3, ad attribuire al giudice il potere di disporre anche d’ufficio l’acquisizione d’informazioni e documenti utili ai fini della decisione che siano nella disponibilità dell’amministrazione. Quanto al punto di equilibrio tra principio dispositivo e poteri officiosi del giudice in materia di prova, si possono riprendere le parole della Cassazione relative al rito del lavoro, ma ben estensibili al processo amministrativo: i

---

<sup>117</sup> A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca*, cit., 66. Sulla necessità di distinguere parità delle parti e contraddittorio cfr. anche G. Verde, *L’impianto del codice nella prospettiva* (ancora non pienamente realizzata) della parità delle parti, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, cit., 75 ss., 80.

<sup>118</sup> M. Chiavario, voce *Giusto processo* (processo penale), in *Enc.giur.*, Agg., vol. X, Roma, 2001, 6; F. Cordero, *Procedura penale*, VII, Milano, 2003, 1296; G. Spangher, *Il “giusto processo” penale*, in *Studium iuris*, 2000, 255 ss., 256.

<sup>119</sup> Corte costituzionale, nn. 46/2004; 165 e 110/2003; 347 e 83/2002; 421/2001.

<sup>120</sup> F.G. Scoca, 171.

<sup>121</sup> G. Tesaro, 2006, 22.

<sup>122</sup> benvenuti, F.G. Scoca, 172.



poteri officiosi in materia di prova “non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti, né tradursi in poteri d’indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale” <sup>(123)</sup>.

Questa precisazione impone però di allargare il campo di osservazione per verificare la complessiva disciplina processuale relativa alla parità delle parti con riferimento a mezzi di prova e possibilità di difesa. Parità delle parti significa infatti possibilità per entrambe di prendere posizione sia sulle prove domandate o prodotte sia sulle richieste e difese avversarie.

In relazione a questi profili il legislatore ha cercato di intervenire per soddisfare la segnalata esigenza di ripristino della parità tra le parti processuali. Tuttavia siffatta parità è posta in dubbio dal combinato disposto di una prassi non encomiabile dell’amministrazione resistente e da un’interpretazione giurisprudenziale blanda delle disposizioni che introducono i termini di costituzione in giudizio.

Se originariamente il ricorrente addirittura doveva, a pena di decadenza, attivare la procedura d’interpello per dimostrare il rifiuto opposto dall’amministrazione alla richiesta di rilascio del provvedimento amministrativo da impugnare (art. 19, r.d. n. 642 del 1907), la disciplina successiva parte dal presupposto del diverso patrimonio di conoscenze in possesso dell’amministrazione e del soggetto privato. Così prima l’art. 21, co. 3, della legge Tar e ora l’art. 45, co. 4, c.p.a. dispongono che la mancata produzione da parte del ricorrente della copia del provvedimento impugnato e della relativa documentazione non produce alcuna decadenza.

E’ l’amministrazione, ai sensi dell’art. 46, co. 2, c.p.a., il soggetto tenuto, al momento della sua costituzione, a provvedere al deposito del provvedimento impugnato e di ogni altro atto utile ai fini del giudizio. In realtà già l’art. 21, co. 4, della legge n. 205/2000 conteneva una previsione analoga, la quale però è rimasta inosservata. Infatti il termine di costituzione in giudizio dell’amministrazione resistente e del controinteressato non è ritenuto perentorio dalla giurisprudenza e pertanto costoro possono costituirsi successivamente al termine normativamente prescritto, anche a ridosso dell’udienza di discussione, e lì presentare i relativi documenti e le loro difese, oppure possono costituirsi in giudizio con una memoria solo formale, attendendo l’ultimo giorno utile per svolgere le difese nella memoria finale (art. 73, co. 1, c.p.a.). Con la conseguenza, pregiudizievole per la parità delle parti, che il ricorrente si trova a dovere contrastare *in limine litis* tesi avversarie conosciute non in un congruo termine.

Vero è che l’art. 73 c.p.a. ha ora introdotto un termine per una memoria di replica, successivamente al deposito di documenti e memorie, potenzialmente in grado di riequilibrare la parità delle parti, ma se l’amministrazione può depositare documenti fino al termine per il deposito delle conclusionali, “non ha senso definire le difese successive del ricorrente come repliche”. Tra l’altro, il deposito tardivo di memorie e documenti è subordinato a una valutazione del collegio (art. 54) mentre, facendo applicazione del principio costituzionale del contraddittorio, dovrebbe invece essere decisivo il consenso delle parti <sup>(124)</sup>.

---

<sup>123</sup> Cass., 17751/10; 17496/2010; 17498/2010; in tema cfr. Vidiri, I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato, in *Giust.civ.*, 2010, 147 ss.; del resto, come sottolineato da N. Trocker, Il nuovo articolo 111, cit., 48, “l’esigenza di garantire l’imparzialità ... non va necessariamente demandata all’attuazione di un generalizzato principio dispositivo”. Con riferimento al processo contabile cfr. F. Saitta, L’istruttoria del processo contabile nello spirito del novellato art. 111 della Costituzione, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>124</sup> Così A. Travi, Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un “codice” del processo amministrativo, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); giudica positiva la novità codicistica della memoria di replica M. Clarich, Conclusioni, in *La riforma*, cit., 308 ss., 310, il quale però precisa che “occorrerà pertanto verificare come il giudice amministrativo garantirà che la memoria di replica sia limitata a ribattere le argomentazioni delle controparti contenute nelle difese precedenti e non introduca invece nuove difese che vanificherebbero il senso del nuovo istituto”. Sulla disciplina pregressa cfr. E. Picozza, Il “giusto” processo, cit., 1073-1074.

Nel processo tributario esiste analoga disciplina, in virtù della quale solo per il contribuente i termini sono decadenziali e il loro mancato rispetto produce l'inammissibilità del ricorso, mentre l'amministrazione può costituirsi anche successivamente, entro il termine di presentazione di memorie o documenti o, al limite, in udienza, avendo così la possibilità "di scoprire le carte all'ultimo istante" <sup>(125)</sup>.

Ma la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della relativa normativa (art. 23 del d.lgs. n. 54/1992, in relazione all'art. 22), nella parte in cui non prevede la sanzione dell'inammissibilità della costituzione del resistente che non avvenga, mediante deposito in segreteria del proprio fascicolo contenente le controdeduzioni e i documenti offerti in comunicazione, nel termine di sessanta giorni dalla notifica del ricorso, per violazione degli artt. 3 e 111 Cost., ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione. Si è affermato che "la diversa disciplina delle conseguenze derivanti dalla tardiva costituzione (è) evidente riflesso della ben diversa posizione che, specie in un processo di tipo impugnatorio come quello tributario, la legge coerentemente attribuisce al ricorrente ed al resistente" e "potendo la tardiva costituzione del convenuto dar luogo, se così prevede la legge e nei limiti in cui lo prevede, a decadenze sia di tipo assertivo che probatorio, ma mai ad una irreversibile dichiarazione di contumacia, del tutto sconosciuta all'ordinamento".

A questo punto allora occorrerebbe al fine di attuare la garanzia costituzionale della parità delle parti introdurre reali preclusioni che diano valore effettivo ai termini per la costituzione e per le difese delle parti diverse dal ricorrente e che impediscano contestazioni tardive dei fatti allegati nel ricorso (126).

Il principio di parità delle parti influisce anche sull'applicazione delle regole relative all'ordine dell'esame dei ricorsi. Il problema si è posto in particolare nel caso di ricorso incidentale in materia di appalti pubblici qualora dall'accoglimento di uno dei due ricorsi, principale o incidentale, derivi l'inammissibilità del secondo.

La decisione n. 11/2008 dell'Adunanza plenaria ha stabilito che il giudice, qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve sempre pronunciarsi su tutti i ricorsi, al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara. In particolare, quando entrambe le imprese ammesse alla gara abbiano impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice quanto all'ordine di trattazione dei ricorsi non possono avere rilievo decisivo sull'esito della lite, in ragione del principio d'imparzialità del giudice: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale, esaminato prima, precluda l'esame di quello principale, oppure che la fondatezza del ricorso principale, esaminato prima, precluda l'esame di quello incidentale. Oltre che sul principio d'imparzialità del giudice la decisione si fonda sul principio della parità delle parti (nel caso specifico ricorrente e resistente), poiché si valorizza il fatto che tutte e due le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di un'ulteriore gara.

---

<sup>125</sup> F. Gallo, Il "giusto" processo tributario, cit., 114.

<sup>126</sup> G. Verde, L'impianto del codice, cit., 87; A. Travi, Osservazioni, cit.; per quanto riguarda il processo tributario cfr. F. Gallo, Verso un giusto processo tributario, cit., 26.

La questione non riguarda solo le parti resistenti, ma pure il ricorrente; cfr. Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 23 settembre 2011, n. 479, che ha ritenuto inammissibile, in applicazione del principio del giusto processo, l'istanza di condanna di un Comune intimato al pagamento di una somma di denaro per ogni inosservanza successiva o ritardo nell'esecuzione del giudicato che sia stata formulata per la prima volta nel corso dell'udienza camerale, anziché contenuta nell'atto introduttivo del giudizio di ottemperanza.

Dal momento che tale indirizzo è stato contestato da una parte della giurisprudenza (<sup>127</sup>), l'Adunanza plenaria è tornata nuovamente sulla questione, con la decisione n. 4 del 2011, disattendendo la conclusione data due anni prima. La pronuncia giunge alla diversa soluzione che impone al giudice di esaminare prioritariamente la fondatezza delle doglianze dedotte con il ricorso incidentale, procedendo a dichiarare, in caso di suo accoglimento, l'inammissibilità dell'impugnazione proposta in via principale facendo leva su varie argomentazioni. Per quanto qui rileva, si è ritenuto che "la piena e armonica applicazione" dei principi di parità delle parti e d'imparzialità del giudice "impone di assegnare il necessario peso anche ad altre regole essenziali del processo amministrativo, che fondano il procedimento logico di formazione della decisione". Si valorizza dunque "il principio della domanda, che contrassegna il sistema attuale della giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione "di diritto soggettivo".

Tuttavia la questione dell'ordine di esame dei due ricorsi è ben lungi dall'essere risolta in via definitiva, essendo stata di recente rimessa alla Corte di giustizia dell'Unione europea, proprio domandandosi se il principio di parità delle parti, oltre a quello di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, ostino al diritto vivente quale statuito dalla decisione n. 4 del 2011 dell'Adunanza plenaria (<sup>128</sup>).

Infine il principio costituzionale della parità delle parti impone che nel processo si accertino direttamente i fatti rilevanti, senza alcun vincolo derivante dall'accertamento procedimentale del fatto stesso. La garanzia costituzionale del giusto processo non può presidiare solo il rapporto giudice-legge, ma deve riguardare pure il rapporto giudice-fatto, in quanto "se l'accertamento del fatto viene stravolto, anche la legge viene aggirata" (<sup>129</sup>).

L'accertamento dei fatti non può fondarsi essenzialmente sulla "collaborazione dell'amministrazione con il giudice", perché ciò è incompatibile con la parità delle parti e con il contraddittorio (<sup>130</sup>).

In questa logica si colloca quel filone giurisprudenziale secondo cui "l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi (da rilevare attraverso valutazioni tecniche) ... non può essere sottratto al giudice, pena la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e del nuovo canone costituzionale della parità processuale tra le parti, come emerge dalla puntuale regola del giusto processo sancita dal novellato articolo 111 della Costituzione" (<sup>131</sup>).

Di recente il Consiglio di Stato molto chiaramente ha affermato che, dal momento che "è ormai pacificamente censurabile la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiono rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia", "un'evoluzione analoga non può non investire la discrezionalità cosiddetta amministrativa, sotto il profilo non tanto dell'*an* e del *quid*, ma del *quomodo*, soprattutto ove le scelte si proiettino su complessi bilanciamenti di interessi". Sono proprio "i principi costituzionali e comunitari del giusto

---

<sup>127</sup> I contrasti giurisprudenziali sono ben sintetizzati da Cons.St., sez. VI, ord. 18 gennaio 2011, n. 351.

<sup>128</sup> Tar Piemonte, sez. II, 9 febbraio 2012, n. 208.

<sup>129</sup> Cfr. R. Bin, Commento all'art. 111 Cost., cit., 1002.

<sup>130</sup> Travi, 69.

<sup>131</sup> Cons.St., sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247; sez. V, 3 agosto 2004, n. 5401; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 4 giugno 2007, n. 825.

processo” ad avere condotto a questa “significativa evoluzione” in materia di sindacabilità nel merito di apprezzamenti discrezionali <sup>(132)</sup>.

Ma, come è noto, si tratta di giurisprudenza tutt’altro che pacifica, ritenendosi comunemente che alcuni apprezzamenti di ordine tecnico dell’amministrazione conservino un certo grado di insindacabilità <sup>(133)</sup>.

Se a ciò si aggiunge il fatto che il codice ammette la consulenza tecnica d’ufficio solo in casi eccezionali (art. 63, co. 2) e che la verifica continua a essere un mezzo di prova demandato pressochè esclusivamente all’amministrazione (art. 66), ne risulta la rimessione a una sola della parti dell’istruttoria giurisdizionale.

6. Il principio del contraddittorio codifica la massima latina *audiatur ed altera pars* ed è in armonia con i principi di *natural justice*, derivanti dalle tradizioni di *common law* e fatti propri anche dai Trattati internazionali (art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti umani e art. 6 della Cedu).

Il principio del contraddittorio costituisce il sistema migliore per giungere, nel più alto grado possibile, alla verità <sup>(134)</sup>, è metodo elettivo di accertamento dialettico della corretta ricostruzione dei fatti controversi <sup>(135)</sup>, risponde ad un’elementare esigenza di giustizia <sup>(136)</sup>, è principio di equità <sup>(137)</sup>.

L’esigenza primaria del contraddittorio si traduce “nella *possibilità effettiva* (e non soltanto teorica), riconosciuta a tutte le parti, di *influire*, con ogni mezzo processuale loro attribuito, sulla formazione del convincimento decisorio di quel giudice” <sup>(138)</sup>.

L’importanza del contraddittorio in sede processuale si pone nel processo amministrativo con particolare consistenza, dal momento che il previo contraddittorio in sede procedimentale non è perfettamente assicurato dall’attuale disciplina del procedimento amministrativo fissata dalla legge n. 241 del 1990 e soprattutto dall’interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza. Infatti, specie a seguito dell’introduzione dell’art. 21-*octies* della legge n. 241/1990, si consente all’amministrazione “che non ha esplicitato tutti i motivi nel procedimento ... di farlo nel processo” <sup>(139)</sup>. L’ammissione da parte del giudice amministrativo della motivazione postuma del provvedimento in sede giudiziale, sulla base appunto dell’art. 21-*octies*, consente all’amministrazione intimata di rappresentare solo nel corso del giudizio gli eventuali elementi utili a evidenziare la palese infondatezza della pretesa della parte ricorrente <sup>(140)</sup>.

---

<sup>132</sup> Cons.St., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1330, nel caso di apprezzamenti sottesi alla perimetrazione di un parco naturale.

<sup>133</sup> Da ultimo, con particolare chiarezza, Cons.St., sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2683.

<sup>134</sup> F.P. Luiso, 32.

<sup>135</sup> L.P. Comoglio, 30.

<sup>136</sup> E.T. Liebman, Manuale di diritto processuale civile. Principi, VII ed., Milano, 2007, 8.

<sup>137</sup> F.G. Scoca.....

<sup>138</sup> L.P. Comoglio, Etica e tecnica, cit., 31.

<sup>139</sup> E.M. Marengi, Giusto procedimento e processualprocedimento, in Dir.proc.amm., 2008, 962 ss., 971, che parla di “continuum processualprocedimentale”, che supera le separazioni funzionali tra procedimento e processo e “rimette al giudice di legittimità l’esercizio della discrezionalità non esercitata in ambito procedimentale”.

<sup>140</sup> Con particolare chiarezza cfr. Cons.St., sez. VI, 8 novembre 2005, n. 6220.

Il codice dedica al contraddittorio un'apposita norma, riguardante specificamente l'instaurazione del rapporto processuale. Ai sensi dell'art. 27 c.p.a. il contraddittorio è integralmente costituito quando l'atto introduttivo è notificato all'amministrazione resistente e, ove esistenti, agli interessati; se poi il giudizio è promosso solo contro alcune delle parti e non si è verificata alcuna decadenza, il giudice ordinerà l'integrazione del contraddittorio entro un termine perentorio nei confronti delle altre parti. L'ultimo comma dell'art. 49 rende poi inopponibili ai soggetti nei cui confronti il contraddittorio deve essere integrato le attività processuali compiute precedentemente.

Quanto al profilo temporale, il contraddittorio deve essere garantito nelle varie fasi del processo, compresa la fase cautelare. Mentre in passato non era chiaro se la fase cautelare fosse definibile anche senza la garanzia del contraddittorio, la legge n. 205/2000 prima, all'art. 3, e ora il codice hanno compiuto un decisivo passo avanti prevedendo sempre la necessità dell'integrazione del contraddittorio ai fini dell'adozione di misure cautelari non meramente interinali: solo misure cautelari interinali e quindi provvisorie possono essere pronunciate nelle more dell'integrazione del contraddittorio (art. 27, co. 2) <sup>(141)</sup>.

L'art. 55, co. 12, pare però costituire un'eccezione alla regola dell'integrità del contraddittorio nel giudizio cautelare, stabilendo che in sede di esame della domanda cautelare il collegio adotta, "su istanza di parte", i provvedimenti necessari per assicurare la completezza dell'istruttoria e l'integrità del contraddittorio. Potrebbe infatti ritenersi che in mancanza di istanza di parte il giudice abbia il potere di accordare la tutela richiesta nonostante l'incompletezza del contraddittorio e senza averne disposto integrazione. Tuttavia, un'interpretazione che non vuoti del tutto di contenuto la regola generale che non consente il rilascio di provvedimenti cautelari non temporanei a contraddittorio non completo deve essere nel senso che la disposizione ha lo scopo di codificare la prassi di utilizzare la fase cautelare in funzione preparatoria della decisione di merito, di modo che nel corso dell'udienza cautelare il giudice possa adottare i provvedimenti utili per il giudizio. E' criticabile comunque che il codice subordini questa attività del collegio a un'istanza di parte <sup>(142)</sup>.

Per quanto riguarda poi l'individuazione dei legittimi contraddittori nel processo amministrativo, risultano ancora di attualità le considerazioni svolte in passato da un Autore, che lamentava il fatto che "è l'intera teoria delle parti nel processo amministrativo che oggi non c'è", "mancano le stesse basi necessarie per tentare la costruzione: troppo stretta è la connessione con il problema dell'oggetto del giudizio, ancora non risolto con convinzione generale" <sup>(143)</sup>.

In questa logica da tempo si critica la sufficienza del riferimento all'atto impugnato per individuare i legittimi contraddittori nel giudizio amministrativo <sup>(144)</sup>, scelta confermata dall'attuale art. 41, co. 2, c.p.a., che adotta una nozione ristretta di controinteressato nel giudizio di annullamento, come di colui "che sia individuato nell'atto stesso". Vero è che nel giudizio risarcitorio si tenta di identificare in altra maniera i legittimi contraddittori, tuttavia la norma non brilla per chiarezza. L'art. 41, co. 2, stabilisce che qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è altresì notificato "agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo, ai sensi dell'art. 102 del c.p.c.". Ma non è chiaro se i beneficiari dell'atto impugnato siano da intendersi come controinteressati in senso proprio, come se "il legislatore abbia individuato nel beneficiario dell'atto illegittimo un corresponsabile, sul quale ricada (in tutto o in parte) l'obbligazione risarcitoria", oppure se costoro non possano essere qualificati tecnicamente come controinteressati, premendo

---

<sup>141</sup> Sulla disciplina pregressa cfr. S. Tarullo, *Il giusto*, cit., 586; G. Corso, 56.

<sup>142</sup> In tema cfr. A. Romano Tassone, *Il contraddittorio*, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), *Il codice*, cit., 383 ss., 388-389; A. Travi, *Lezioni*, cit., 285.

<sup>143</sup> A. Romano, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, I, 1247 ss., 1249.

<sup>144</sup> Per tutti F. Merusi, *Il contraddittorio nel processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 1985, 5 ss.

esclusivamente al legislatore di ammettere che la condanna possa avere per oggetto la rimozione di un provvedimento amministrativo illegittimo <sup>(145)</sup>.

Il contraddittorio in sede processuale comporta (dovrebbe comportare): a) che sempre al potere di una parte corrisponda, a pena di illegittimità costituzionale, il potere simmetrico della controparte di replicare e di assumere le iniziative necessarie a smentire o contraddire le deduzioni dell'altra parte; b) che di fronte alle iniziative del giudice le parti debbano essere sempre in grado di potere replicare. In altri termini, l'esigenza del contraddittorio si pone anche nei confronti del giudice <sup>(146)</sup>.

E' in contrasto con i principi del giusto processo il formarsi della c.d. terza via o terza opinione del giudice, che ricorre quando il giudice fonda il proprio convincimento su questioni insorte solamente in camera di consiglio in ordine alle quali sia mancato il contraddittorio delle parti oppure su prove in ordine alle quali le parti non abbiano potuto prendere posizione <sup>(147)</sup>.

Pertanto qualsiasi questione, sia di fatto sia di diritto, dalla quale possa dipendere la decisione della controversia deve essere posta a oggetto del preventivo contraddittorio fra le parti, anche quando essa sia rilevabile d'ufficio dal giudice (irricevibilità del ricorso per decorso del termine, inammissibilità per difetto di giurisdizione, ecc.).

Nel processo civile in un passato recente l'art. 183, co. 3, c.p.c., ai sensi del quale il giudice indicava alle parti le questioni rilevanti d'ufficio di cui riteneva opportuna la trattazione, configurava un potere discrezionale del giudice di sottoporre all'attenzione delle parti le questioni rilevate d'ufficio.

Ma la Cassazione aveva affermato che il giudice che ritenesse, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, aveva l'obbligo di attuare il contraddittorio su tale questione, segnalandola alle parti e consentendo loro di eccepire e di argomentare in merito. Qualora pertanto il giudice avesse deciso la controversia sulla base di una questione non previamente sottoposta alle parti, la sentenza era "nulla per violazione del principio del contraddittorio" <sup>(148)</sup>.

Anche la dottrina aveva sostenuto che proprio il principio del giusto processo richiedesse che il giudice fosse titolare non di un mero potere discrezionale ma di un vero e proprio "potere-dovere ufficioso" di rilevare e, in quanto avesse rilevato, di indicare all'attenzione delle parti le questioni rilevabili d'ufficio <sup>(149)</sup>.

Ora con la riforma attuata dalla legge n. 69 del 2009 il nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c. dispone su un piano generale che il giudice che ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevabile d'ufficio "riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine ... per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione". Alla necessità per il giudice di provocare la discussione delle parti sulle questioni di diritto e di fatto che intenda rilevare d'ufficio deve accompagnarsi il riconoscimento della "riapertura dei poteri delle

---

<sup>145</sup> Nel primo senso G. Verde, L'impianto del codice, cit., 86-87, nel secondo A. Travi, Osservazioni generali, cit., 3.

<sup>146</sup> F.P. Luiso, Diritto processuale civile, I, cit., 32-33.

<sup>147</sup> Comoglio, "Terza via" e processo "giusto", in Riv.dir.proc., 2006, 755 ss.

<sup>148</sup> Cass. civ., 21 novembre 2001, n. 14637, in Giur.it., 2002, 1363. Cfr. altresì Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577; sez. II, 9 giugno 2008, n. 15194.

<sup>149</sup> "La loro *preventiva trattazione* in contraddittorio non può essere soltanto valutata dal giudice come processualmente *opportuna*, ma è *sempre* costituzionalmente *necessaria*, quale condizione essenziale di validità della susseguente pronuncia decisoria" (L.P. Comoglio, Etica e tecnica, cit., 32).

parti in punto di (modifica della) domanda, eccezioni e prove conseguenti alla questione rilevata d'ufficio" <sup>(150)</sup>.

Pure nel processo amministrativo la problematica ha subito un'evoluzione dovuta all'attuazione della garanzia del contraddittorio e, analogamente a quanto verificatosi nel processo civile, anche da noi è stata prima la giurisprudenza e poi il legislatore a mostrarsi sensibile al principio del giusto processo.

Infatti già agli albori di questo secolo l'Adunanza plenaria aveva affermato che "in un sistema processuale come quello vigente fondato sul principio del contraddittorio" la rilevabilità d'ufficio di una questione da parte del giudice "non significa che, per ciò stesso, tale questione possa essere decisa d'ufficio senza essere sottoposta al contraddittorio delle parti". In questa prospettiva "rilevare d'ufficio" sta per "indicare d'ufficio alle parti" <sup>(151)</sup>.

Ma non tutta la giurisprudenza successiva si era allineata a questa pronuncia, essendosi sostenuto che il principio del contraddittorio "s'instaura tra le parti in causa, e non tra le parti ed il giudice, e sta a significare che ciascuna di esse deve essere messa in grado di far sentire le proprie ragioni, di cui il giudice deve tenere conto ma a condizione (indefettibile in un processo di parti connotato dal principio dispositivo) che siano state enunciate dagli interessati, e non suggerite dal giudice" <sup>(152)</sup>.

Infine ora l'art. 73, co. 3, del c.p.a. prevede che il giudice, se ritiene di porre a fondamento una questione rilevata d'ufficio, la indica in udienza dandone atto nel verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

Tuttavia se il ricorso è manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato nel merito non occorre integrare il contraddittorio (art. 49, co. 2, c.p.c.). La disposizione, chiaramente ispirata a un principio di economia dei giudizi, è stata criticata perché anche in tali ipotesi la parte pretermessa dovrebbe avere il diritto di far conoscere le sue tesi. Come la giurisprudenza più attenta ha sottolineato, in via generale tutte le questioni rilevate d'ufficio e quindi anche quelle di irricevibilità/inammissibilità del ricorso devono sempre essere sottoposte al contraddittorio delle parti, per rispetto della garanzia costituzionale del giusto processo. Spesso infatti la soluzione della questione pregiudiziale di rito dipende da delicati accertamenti e valutazioni di fatto che reclamano una partecipazione effettiva delle parti al processo <sup>(153)</sup>.

In secondo luogo, non si può neppure dire che la disciplina in esame abbia quale *ratio* l'esigenza di garantire la ragionevole durata del processo, dal momento che qualora si giunga a una sentenza di segno contrario in grado di appello si avrà una retrocessione della controversia in primo grado, con conseguente dilatazione dei tempi processuali <sup>(154)</sup>.

La garanzia del contraddittorio impone poi quella che è stata definita la "giusta" riapertura del contraddittorio dopo la chiusura della discussione nel caso di normativa sopravvenuta, oppure in

---

<sup>150</sup> Sul punto cfr. F.P. Luiso, Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Cfr. altresì A. Proto Pisani, Il nuovo art. 111, cit., 242.

<sup>151</sup> Ad.pl. 24 gennaio 2000, n. 1.

<sup>152</sup> Tar Puglia, Bari, sez. I, 2 maggio 2000, n. 1713.

<sup>153</sup> Cons.St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1462.

<sup>154</sup> R. Villata, Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo, in B. Sassani e R. Villata, Il codice del processo amministrativo, Torino, 2012, 41 ss., 61; F.G. Scoca, Considerazioni, cit.

presenza di sopravvenienze di fatto, come un fatto notorio giudiziale, o di diritto, come un provvedimento amministrativo sopravvenuto (<sup>155</sup>).

Per quanto riguarda poi la tematica probatoria, ai sensi dell'art. 111, co. 4, Cost. il principio del "contraddittorio nella formazione della prova" è testualmente circoscritto, come garanzia specifica e diversa da quella generale del "contraddittorio tra le parti", solo al processo penale. Unicamente in esso sono costituzionalmente ammissibili le sole prove la cui formazione o costituzione sia avvenuta in giudizio davanti al giudice in contraddittorio tra le parti (<sup>156</sup>).

Ne consegue che negli altri processi diversi da quello penale sono ammissibili le prove precostituite di tipo documentale o delle prove acquisite e assunte altrove. Qui il contraddittorio, carattere indefettibile di ogni processo, non è riferito al momento di formazione delle prove, bensì al solo intervento dialettico delle parti nel corso del giudizio, intervento che ben può realizzarsi anche su prove già costituite e prodotte.

Inderogabile è quindi l'instaurazione di un adeguato contraddittorio fra le parti in ordine alle risultanze delle prove a qualunque titolo acquisite, prima che siano valutate dal giudice, perché anche nella formazione del giudizio di fatto e non solo del giudizio di diritto occorre prevenire la cd. terza via. In altri termini le parti devono essere poste nelle condizioni di esercitare il loro diritto di opporsi ai mezzi probatori disposti d'ufficio (<sup>157</sup>).

Stesso discorso per quanto riguarda l'ipotesi in cui il giudice intenda qualificare come notori determinati fatti oppure voglia ragionare sulla base di presunzioni, perché pure in questi casi il giudice deve provocare il contraddittorio delle parti prima della fase decisoria, al fine di evitare il rischio di decisioni c.d. a sorpresa (<sup>158</sup>).

Infine il contraddittorio deve essere garantito anche nella fase esecutiva del giudizio e a tal proposito è dato notare un atteggiamento maggiormente sensibile al principio del contraddittorio della giurisprudenza di merito rispetto a quello mantenuto dalla Corte costituzionale. In passato per l'instaurazione del giudizio di ottemperanza l'art. 91 del regolamento del 1907 si limitava a stabilire che la segreteria avrebbe dovuto dare immediata comunicazione al Ministero competente. La Corte costituzionale aveva ritenuto siffatta disciplina rispettosa "dei principi della difesa in giudizio ex art. 24, secondo comma, Cost. e del contraddittorio, quale presupposto del "giusto processo" ex art. 111, secondo comma, Cost." e quindi non indispensabile la procedura di notificazione, essendo sufficiente la comunicazione dell'atto nella sua interezza (<sup>159</sup>). Di contro ampia era la giurisprudenza di merito favorevole a riconoscere che, proprio in conseguenza dell'entrata in vigore delle disposizioni costituzionali sul giusto processo, anche il ricorso per ottemperanza dovesse essere, prima del suo deposito, notificato all'amministrazione che s'assumeva essere inadempiente, al fine di assicurare il reale contraddittorio tra le parti in causa (<sup>160</sup>). Ora il codice ha fatto proprio tale orientamento e ha così previsto un onere di notificazione del ricorso in ottemperanza sia alla

---

<sup>155</sup> D. D'Orsogna, Lo svolgimento del processo di primo grado. La fase della decisione, in F.G. Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, IV ed., Torino, 2011, 390-391.

<sup>156</sup> S. Chiarloni, 1033-1034; Cecchetti, voce, 608.

<sup>157</sup> Comoglio, Etica, cit., 66 ss.; Cecchetti, voce, 608.

<sup>158</sup> F.G. Scoca, 173; G. D'Angelo, 180.

<sup>159</sup> Corte cost., 9 dicembre 2005, n. 441; ord. 10 marzo 2006, n. 100.

<sup>160</sup> Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 6 giugno 2003, n. 935.



parte pubblica, sia a tutte le altre parti del giudizio conclusosi con la sentenza di cui si chiede l'esecuzione (art. 114).

7. E' osservazione comune che l'esigenza della ragionevole durata del processo, a differenza delle altre garanzie, non si soddisfa solo con le regole del processo, ma investe soprattutto l'organizzazione giudiziaria nella sua più ampia accezione, l'allocazione di persone, di risorse e di mezzi <sup>(161)</sup>.

Limitandoci però a considerare le sole regole di disciplina del processo che assumono rilevanza in materia, particolare è l'impostazione della tematica fornita dal codice del processo amministrativo. Ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p.a., sono sia il giudice amministrativo sia le parti a "cooperare" per la realizzazione della ragionevole durata del processo. In quest'ottica la ragionevole durata passa attraverso l'economia dei mezzi processuali, che si traduce nell'affermazione del principio della sinteticità degli atti processuali, previsto all'art. 3.

Sempre in questa logica la giurisprudenza ha declinato il principio della ragionevole durata del processo come principio di leale collaborazione o di solidarietà in ambito processuale <sup>(162)</sup>, non dissimile da quel dovere delle parti di comportarsi in giudizio con lealtà e probità previsto nel processo civile dall'art. 88 c.p.c.

Di qui la condanna di ogni condotta processuale integrante "abuso del diritto" di una parte in danno dell'altra, quale, ad esempio, il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche, come nel caso di eccezione di difetto di giurisdizione in sede di appello sollevata dalla parte che abbia adito la stessa giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado. Il disconoscimento della giurisdizione inizialmente invoca si traduce infatti in un prolungamento dei tempi di definizione del giudizio dettato da ragioni puramente utilitaristiche, in contrasto con la garanzia della ragionevole durata del processo <sup>(163)</sup>.

Ma non sono solo le parti o il giudice a non garantire la ragionevole durata del processo, spesso è la stessa disciplina normativa a condurre a quest'esito. Si pensi, ad esempio, al nuovo regime della competenza che, nonostante le attenuazioni introdotte dal secondo correttivo al codice <sup>(164)</sup>, si

---

<sup>161</sup> Per tutti cfr. G. Tarzia, 205.

<sup>162</sup> Tar Pescara, Abruzzo, 21 giugno 2007, n. 669, che ha respinto la richiesta di rinvio per impedimento personale del difensore del ricorrente in quanto la causa, risalente nel tempo, proveniva da ruolo aggiunto e le parti avevano avuto modo di esporre diffusamente con gli scritti difensivi le proprie ragioni.

<sup>163</sup> Così Cons.St., sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656, che ritenuto inammissibile il motivo d'appello con cui è stato sollevato il difetto di giurisdizione; analogamente Cons.St., sez. III, 17 maggio 2012, n. 2857; cfr. altresì Tar Campania, Napoli, sez. II, 26 giugno 2012, n. 3000, secondo cui un'istanza di rinvio dell'udienza di discussione di un ricorso, motivata con la necessità della trattazione congiunta con altri ricorsi, non può essere deliberata favorevolmente laddove non sussista alcun collegamento fattuale e giuridico tra i ricorsi e la stessa appaia strumentale a eludere la preclusione derivante dal mancato assolvimento dell'onere probatorio.

E' grazie alla giurisprudenza della Corte di Cassazione che è stata elaborata, partendo dal divieto di abuso del diritto, la figura dell'abuso del processo "quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa" (Cass., sez. I, 3 maggio 2010, n. 10634, che applica il divieto di abuso del processo ai fini della liquidazione delle spese giudiziali); su questo solco si colloca anche Ad.pl. 23 marzo 2011, n. 3.

<sup>164</sup> Che ha previsto la possibilità di eccepire il difetto di competenza con una richiesta espressa rivolta al giudice entro in tempo determinato (art. 15 come riformulato dal d.lgs. n. 160 del 2012).

caratterizza per la rilevabilità dell'incompetenza territoriale per tutta la durata del giudizio di primo grado e per la deducibilità della stessa quale motivo d'appello (<sup>165</sup>).

Inoltre non essendo stata configurata un'udienza preliminare per la delibazione delle questioni processuali impedienti la trattazione del merito, come il difetto di legittimazione, il loro esame rischia di avvenire dopo molto tempo dal deposito del ricorso introduttivo. Del resto, più in generale è l'intero processo a soffrire della mancanza di un'udienza sul modello di quella che l'art. 183 c.p.c. prevede per il processo civile e quindi della mancanza di una vera e propria fase istruttoria, giungendosi all'udienza di discussione senza che il giudizio sia stato pienamente istruito (<sup>166</sup>).

Va comunque dato atto al legislatore (prima della legge n. 205 del 2000 e ora del codice) di avere introdotto molti strumenti finalizzati alla garanzia della ragionevole durata del processo, che vanno dal rito abbreviato alla definizione in giudizio all'esito dell'udienza cautelare, dal procedimento monitorio alla decisione del giudizio con sentenza in forma semplificata.

Tuttavia la garanzia della ragionevole durata del processo, intesa come riduzione dei tempi del giudizio, rischia di contrarre eccessivamente le garanzie del contraddittorio e della parità delle armi. Si è già sopra menzionato l'art. 49, co. 2, c.p.a., che consente al giudice di non disporre l'integrazione del contraddittorio incompleto e di rigettare il ricorso ove ritenga che lo stesso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato.

Ma si pensi anche alla disciplina introdotta dall'art. 60 c.p.a., che consente al giudice, una volta proposta istanza cautelare, di decidere la controversia prima della scadenza degli ordinari termini per l'esercizio delle attività di difesa processuale, quali la presentazione del ricorso incidentale da parte del controinteressato o dei motivi aggiunti da parte del ricorrente.

Chiamata a pronunciarsi sulla disciplina pregressa (art. 19 d.l. n. 67/1997 in materia di opere pubbliche), ma improntata alla medesima filosofia, la Corte costituzionale ha ritenuto che la normativa assicurasse l'equilibrio tra la garanzia della ragionevole durata del processo, intesa come "celere trattazione della controversia", e "l'imprescindibile salvaguardia dei diritti di difesa, dell'integrità del contraddittorio e della completezza dell'istruttoria": il contraddittorio è garantito dal diritto della parte di segnalare l'esigenza di ulteriori attività processuali che se ritenute dal giudice rilevanti per il giudizio impediscono la decisione della vertenza e impongono la prosecuzione del giudizio (Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427) (<sup>167</sup>).

L'art. 60 c.p.a. stabilisce ora che il giudice può definire il giudizio con sentenza in forma semplificata, "sentite sul punto le parti costituite" e se una parte dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o di giurisdizione deve rinviare la decisione e fissare contestualmente la data per il prosieguo della trattazione. Ma, stante il fatto che le ulteriori attività processuali che possono giustificare il rinvio della decisione consistono in adempimenti tipici e non nella mera illustrazione delle difese, si è dubitato che la disciplina sia coerente con i canoni del giusto processo (<sup>168</sup>).

---

<sup>165</sup> R. Villata, Dodici anni dopo, cit., 61; G. Verde, L'impianto, cit., 88, che sottolinea come questa disciplina sia in controtendenza rispetto al legislatore del processo civile.

<sup>166</sup> Sul punto F.G. Scoca, Considerazioni sul nuovo processo amministrativo, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>167</sup> Di contro una parte della giurisprudenza amministrativa riteneva che il giudice non fosse neppure tenuto a informare le parti circa l'intenzione di disporre l'immediata decisione sul ricorso; così Cons.St., sez. VI, 5 agosto 1999, n. 1018.

<sup>168</sup> A. Travi, Giusto processo, cit., 73-74.

La garanzia della ragionevole durata del processo assume poi un'ulteriore coloritura se riferita al processo amministrativo. Essa si declina anche e soprattutto come concentrazione degli strumenti di tutela davanti al medesimo giudice e come concentrazione dei giudizi davanti al medesimo giudice.

La prima tipologia di concentrazione può dirsi soddisfacentemente realizzata dal legislatore: già la Corte costituzionale, con sentenza n. 191 del 2006, aveva affermato che "l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria ... si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrazione davanti a un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica" e il codice ha concentrato davanti al giudice amministrativo ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi (Titoli III e IV del Libro primo).

Di contro, non si ha ancora concentrazione davanti al giudice amministrativo "ogni qualvolta il rapporto diritto-obbligo è connesso ad un rapporto interesse legittimo-potere" <sup>(169)</sup>. Spesso un medesimo episodio di vita è frazionato per essere devoluto in parte alla giurisdizione del giudice amministrativo e in parte alla giurisdizione del giudice ordinario, come avviene, ad esempio, in materia di concessioni o di espropriazione <sup>(170)</sup>.

Conferma la mancata attuazione della garanzia della ragionevole durata del processo come mancata attuazione della garanzia di concentrazione nel processo amministrativo la sentenza n. 304 del 2011 della Corte costituzionale. Tale sentenza ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale proposta dal Consiglio di Stato nei confronti dell'assetto normativo che obbliga il giudice amministrativo a sospendere il processo, nel caso in cui sia stata proposta querela di falso e finché l'incidente processuale non sia risolto dal giudice ordinario. Secondo il rimettente la disciplina normativa frustrava la domanda di giustizia sottesa al giudizio elettorale, dal momento che la veridicità degli atti avrebbe potuto essere accertata solo a lunga distanza di tempo dall'insediamento dell'organo elettivo. Tuttavia il giudice costituzionale ha affermato che "non è ... mediante la soppressione di fasi processuali (e cioè l'incidente di falso), essenziali ai fini della decisione, che si consegue l'obiettivo di garantire la celerità dei processi".

La pronuncia ha fatto dire alla dottrina che nella visione della Corte costituzionale il tempo processuale governato dall'art. 111 Cost. presenta "natura debole" <sup>(171)</sup> e che avere lasciato decidere al giudice ordinario le questioni di capacità e di falso è "un patetico omaggio alla tradizione" del tempo passato in cui si dubitava della natura giurisdizionale degli organi di giustizia amministrativa <sup>(172)</sup>.

---

<sup>169</sup> Auspica questo risultato F. Merusi, in DPA, 19.

<sup>170</sup> Oltre a F. Merusi, op.ult.cit., cfr. M. Ramajoli, Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito, in B. Sassani e R. Villata (a cura di), Il codice, cit., 141 ss., spec. 171 ss.

<sup>171</sup> M. Bignami, Il tempo del procedimento ed il tempo del processo, secondo la prospettiva del diritto costituzionale, in Foro amm.-Cons.St., 2011, 3843 ss.; in tema cfr. altresì M. Bove, Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione, Napoli, 2010, 13;

<sup>172</sup> F.G. Scoca, Considerazioni sul nuovo processo amministrativo, cit.